



أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي

تأليف

دكتور أحمد فراج حسين

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق
جامعة الاسكندرية

٢٠٠٤

دار الجامعة الجديدة
٢٨ ش سوتير الأزاربطة / الاسكندرية
ت : ٤٨٦٨٠٩٩

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

بسم الله الرحمن الرحيم

"إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها و إذا حكمتم
بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعما يعظكم به إن
الله كان سميعا بصيرا".

صدق الله العظيم
(آية ٥٨ سورة النساء)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد
وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فقد شرع الله تعالى القضاء وتعبدنا به ، وأمر به رسله وأنبياءه، والمؤمنين كافة،
لتستقيم الحياة ويستقر العدل ويتروخ الأمن ويعطي كل ذي حق حقه، ومن ثم
يأمن الناس على أنفسهم وأموالهم وأعراضهم ، ويرتدع الظلمة والجرمون
والمتجرؤون على حرمات الله وأكل أموال الناس بالباطل وبغير حق .

يقول الله تعالى : " يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا
تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله" (١). ويقول جل شأنة : "لقد أرسلنا رسلا
بالبينات وانزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط" (٢). ويقول سبحانه
مخاطبا رسوله صلى الله عليه وسلم : "وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع
أهواءهم" (٣). ويقول عز من قائل : " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات
إلى أهلها وإذا حكمتهم بين الناس أن تحكموا بالعدل" (٤).

و كما أمر الله تعالى بالقضاء وجعله فريضة محكمة وسنة متبعة ، لتحقيق العدل بين
الناس ، ارشد القضاة بآياته البينات وهداهم بإشاراته المنيرة في كتابه الكريم ،
وما جاء على لسان رسوله الأمين صلى الله عليه وسلم إلى الوسائل و الطرق
التي تجعلهم على علم بوقائع الخصومة التي يراد الفصل فيها ، حتى تأتي أحكامهم
مطابقة للحق والواقع .

(١) آية ٢٦ سورة ص.

(٢) آية ٢٦ سورة الحديد.

(٣) آية ٤٨ سورة المائدة.

(٤) آية ٥٨ سورة النساء.

ولقد تتابع الخلفاء الراشدون و التابعون، و الفقهاء من بعدهم و إلى يومنا هذا على تاصيل هذه الوسائل و جمعها و ترتيبها ، و قعدوا قواعدهم، و فرعوا فروعها ، حتى غدت علماً مستقلاً له أصوله و مبادئه ثرياً من الناحيتين: النظرية و التطبيقية. و إني و بعد تدريس هذه المادة لطلبة الدراسات العليا في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ووقفت على حيويتها، وأهميتها العملية، رأيت أنه من المفيد لكل من يشتغل بالشئون الفقهية و القضائية أن يكون تحت يده مؤلفاً شاملاً لكل أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي سهل العبارة واضح المعنى، فتوكلت على الله و سألته أن يوفقي إلى تحقيق هذا العمل، و ها أنا أشرع في تأليفه معتمداً على أمهات المراجع الفقهية عامة كانت أو خاصة، و ما سبقني إليه الباحثون المعاصرون.

و قد رتبته على فصل تمهيدي و بابين: الفصل التمهيدي في التعرف بالإثبات، و في المراد بأدلة الإثبات و هل هي مطلقة أم مقيدة، و في المراد بالبيئة الشرعية ، و في من يقع عليه عبء الإثبات. و الباب الأول في الأدلة المتفق عليها ، و الباب الثاني في الأدلة المختلف فيها.

أسأل الله تعالى أن يوفقي إلى عرض ما انتهى إليه فقهاؤنا الأجلاء من أدلة الإثبات، و أن يجعل ما أقدمه عملاً صالحاً و علماً نافعاً و أن يعصمني من الخطأ و الزلل ، إنه سميع مجيب الدعوات ، و صلى الله على نبينا محمد و على آله و صحبه أجمعين.

و لا حول و لا قوة إلا بالله العلي العظيم.

د/ أحمد فراج

الفصل التمهيدي وفيه مباحث

المبحث الأول

في

التعريف بالإثبات

أولاً في اللغة: - الإثبات لغة مأخوذ من قولهم: ثبت الشيء يثبت ثبوتاً و ثباتاً من باب دخل، إذا دام و استقر، و يتعدى بالهمزة و التضعيف فيقال: أثبتته و ثبتته ، و أثبت الشيء أقره و الأمر حقيقه و صححه و الحق أقام حجته.

و إثبت بسكون الباء: الشجاع الثابت القلب و العاقل الثابت الرأي.
و إثبت بفتح الباء: الحجة و الصحيفة يثبت فيها الأدلة و فهرس الكتاب جمع أثبات.

و يسمى الدليل ثبثاً، إذ هو يؤدي إلى استقرار الحق لصاحبه بعد أن كان متزلزلاً بين المتداعيين، فيقال "لا أحكم بكذا إلا يثبت أي إلا بحجة تثبت الشيء المدعى".
فمفهوم الإثبات عند علماء اللغة: تأييد وجود حقيقة من الحقائق بأي دليل من الأدلة. (١)

ثانياً في اصطلاح الفقهاء: -

الإثبات في اصطلاح الفقهاء: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها

(١) الدليل جمع أدلة، و هو المرشد و الكاشف عن الحق و المظهر له، أو هو ما يستدل به، فالشهود على الحقوق مثلاً في مجالس الأحكام دليل مظهر للحق يسرى أن يكون هذا الظهور على وجه يثبت به علم اليقين أولاً يثبت به علم اليقين بل دون ذلك، لأنه في كلا الحالين يجب العمل به، فإذا أعلم المدعى القاضي بحجته على دعواه لزم من علم القاضي بتلك الحجة مع اقتناعه بها علمه بصدق دعواه و يطلق الدليل على اليقينة، و هي الحجة الواضحة، القاموس المحيط، تاج العروس، مختار الصحاح، المعجم الوسيط، المصباح المنير، المنجد مادة ثبت، أصول الرخسي جـ ١ ص ٢٧٧ و ما بعدها.

الشريعة الإسلامية على حق أو على واقعة تترتب عليها آثار.
أو هو إقامة المدعى الدليل على ثبوت ما يدعيه قبل المدعى عليه، و هو فعل يصدر
من المدعى يبرهن بموجبه على صدق دعواه (١).

شرح التعريف:

اشتمل التعريف بالإثبات اصطلاحاً على عدة قيود هي:

- ١- إقامة الدليل، وإقامة الدليل تشتمل كل دليل يقدم إلى من يراد إقناعه
بالحق المدعى به.
 - ٢- أمام القضاء، وهذا قيد احتسز به عن الأدلة التي تقام في غير مجلس
القضاء.
 - ٣- فإن تلك الأدلة تعتبر عديمة الأثر و لا يجوز الاعتماد عليها في تقوية جانب
أي من المتداعين.
 - ٣- بالطرق التي حددتها الشريعة ، وهذا قيد يخرج الإثبات بالطرق التي لا
تنفق مع ما ورد في الكتاب أو السنة أو الإجماع أو ما استنبط الاجتهاد
فالسحر و ضروب السعوذة المختلفة و كالتسوية
بين شهادة الرجل و المرأة و المسلم و غير المسلم و ما إلى ذلك من كل
ما لا يتفق مع ما أمر به الشارع الإسلامي.
 - ٤- على حق أو واقعة يترتب عليها آثار.
- هذا القيد، قصد به شمول التعريف لما إذا كان الإثبات منصبا على ذات

(١) موسوعة الفقه الإسلامي ج ٢ ص ١٣٦

الحق المطالب به أو على واقعة معينة قد يترتب على ثبوتها حق للمدعى قبل المدعى عليه.

و الفرق بين إثبات الحق و إثبات الواقعة، أن إثبات الحق يستلزم ضرورة شغل ذمة المدعى عليه، و أما الواقعة فقد يترتب على ثبوتها حق للمدعى و قد لا يترتب عليها ذلك لوجود ما يمنع من إنشاءها للحق الذي رُمى إليه المدعى من إقامته للدعوى. فمثلاً لو رفع شخص على آخر دعوى بقذفه له ، فإن الواقعة المراد إثباتها هي حادثة القذف، و الحق الذي يطالب به المدعى هو إقامة الحد على المدعى عليه معاقبة له، إلا أن ثبوت واقعة القذف لا يستلزم ثبوت حق للمدعى، إذ قد يقيم القاذف بينة على صحة ما نسبته للمقذوف.

الفرق بين الإثبات و الثبوت: -

الإثبات و الثبوت لفظان متغايران: فالإثبات، إقامة المدعى الدليل على ثبوت ما يدعيه قبل المدعى عليه و هو فعل صادر من المدعى و سواء كان هذا الدليل شهادة أو إقراراً أو قرينة أو غير ذلك، و هذه الأدلة لا تفيد الا ظناً راجحاً و لا تصل إلى درجة القطع و اليقين.

أما الثبوت، فهو الأمر الثابت يقيناً، أي هو وجود الأمر حقيقة بحسب الواقع و هو وصف قائم بذات الشيء المدعى به قبل المدعى عليه، و هذا الثبوت يختلف عن الإثبات لأن الإثبات وسيلة لإظهار الأمر الثابت في الواقع و نفس الأمر و يصدر عن المدعى، و كلما كان الدليل قوياً، كانت مطابقة الحكم الذي بنى عليه للواقع أكثر احتمالاً.

و لكن قد يتمكن المدعى من إثبات الواقعة المتنازع عليها أمام القاضى.

و هي في الحقيقة ليست ثابتة ، كالأثبات بشهادة الزور و الإقرار الكاذب و اليمين الآثم و الاحتيال لأمر باطل بوجه من وجوه الحيل حتى يصير حقاً في الظاهر و يحكم له به.

في هذه الحالة يثبت المدعى به ظاهراً لا باطناً، قضاء لا ديانة، و سواء كان المحكوم به تملك مال أو إزالة ملك أو إثبات نكاح أو فرقة أو غير ذلك من سائر العقود و الفسوخ، لأن قضاء القاضي لا يحرم حلالاً و لا يحل حراماً، و لأنه لا يلزم من الإثبات عند القاضي الثبوت في الواقع و نفس الأمر، و لا يحل للمحكوم له أخذ ما حكم له به ديانة ، على ما ذهب إليه المالكية و الشافعية و الحنابلة و أبو يوسف من الحنفية، لما رواه الجماعة عن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: "إنما أنا بشر و إنكم تختصمون إليّ و لعل بعضهم أن يكون الحن بجنته من بعض فأقضى بنحو مما اسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار" (١)

فقد دل الحديث على إثم من خصم في باطل متى استحق به في الظاهر شيئاً هو في الباطن حرام عليه، و أن من احتال لأمر باطل بوجه من وجوه الحيل حتى يصير حقاً في الظاهر و يحكم له به، أنه لا يحل له تناوله في الباطن و لا يرتفع عنه الإثم بالحكم.

و الحديث بعمومة يتناول ما إذا كان الحكم موجباً لتمليك مال أو إزالة ملك أو إثبات نكاح أو فرقة أو نحو ذلك، مادام في الباطن على خلاف ما استند إليه القاضي من الشهادة أو غيرها.

(١) نيل الأوطار ج ٨ ص فتح الباري شرح صحيح البخاري ج ٣، ص ١٧٢

كما دل الحديث على أن المجتهد إذا اخطأ لا يلحقه إثم، بل يؤجر كما في الحديث الصحيح "وإن اجتهد فأخطأ فله أجر" كذلك دل الحديث على أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يقضي بالاجتهاد فيما لم ينزل عليه فيه شيء ، وأنه ربما أداه اجتهاده إلى أمر فيحكم به ويكون في الباطن بخلاف ذلك، لكن مثل ذلك لو وقع لم يقر عليه صلى الله عليه وسلم لثبوت عصمته والحكمة في ذلك مع أنه كان يمكن اطلاعه بالوحي على كل حكومة ، أنه لما كان مشرعاً، كان يحكم بما شرع للمكلفين ويعتمده الأحكام بعده.

و ذهب أبو حنيفة إلى التفرقة بين المال وبين النكاح والطلاق ، فإن كان ما حكم به القاضي مالا، و كان الأمر في الباطن بخلاف ما استند إليه الحكم في الظاهر، لم يكن ذلك موجباً لحله للمحكوم له ديانة ويكون حراً ما عليه تناوله ، وإن كان نافذاً في الظاهر أما إذا كان حكم القاضي في نكاح أو طلاق، فإنه ينفذ ظاهراً و باطناً، قضاء و ديانة ، و لو كان الأمر في الباطن بخلاف ما استند إليه القاضي من الظاهر. استدل أبو حنيفة على التفرقة بين المال وبين النكاح والطلاق، بأن الحديث الذي استند إليه الجمهور وارد في المال، فيجب حمله على المال فقط، و يؤيده ما جاء عن الإمام علي، أن رجلاً خطب امرأة فأبت، فادعى أنه تزوجها و أقام شاهدين، فقالت المرأة إنهما شهدا زورا، فزوجني أنت منه، فقال: شاهدك زوجاك و أمضى عليها النكاح.

و أجيب عن ذلك، بأن الإجماع قائم على أن الأبضاع أولى بالإحتياط من الأموال، و أن ما ورد عن الإمام علي لم يصح عنه.

و استدل ثانياً— بأن القاضي قضى بحجة شرعية فيما له ولاية الإنشاء فيه فإذا كان القاضي لا يملك دفع مال زيد إلى بكر، إلا أنه يملك إنشاء العقود و الفسوخ، فإنه

يملك انشاء النكاح على الصغيرة و الفرقة للعنين ، فيجعل الحكم انشاء تحرزاً عن الحرام، لأنه لو لم يتفد حكمه باطناً، فلو حكم بالطلاق لقيت حلالاً للزوج الأول باطناً و للثاني ظاهراً، فلو ابتلى الثاني مثل ما ابتلى الأول حلت للثالث و هكذا فتحل لجمع متعدد في زمن واحد، و فيه من الفحش ما لا يخفى، بخلاف ما إذا قلنا بنفاذ حكم القاضي باطناً فإنها لا تحل إلا لواحد.

و اجيب عن ذلك: بأن حكم الطلاق على خلاف الباطن يجعلها محرمة على الثاني متى كان عالماً بأن الحكم بطلاقها ترتب على شهادة الزور، فإذا اعتمد الحكم و تعمد الدخول بها، فقد ارتكب محرماً ، كما لو كان الحكم بالمال فأكله ، و لو ابتلى الثاني ، كان حكم الثالث كذلك، و الفحش إنما لزم من الإقدام على تعاطي المحرم، فكان كما لو زنوا واحداً بعد واحد.

و الراجع ما ذهب إليه القائلون أن حكم القاضي لا يحرم حلالاً و لا يحل حراماً ، لأن شرط صحة الحكم و جود الحجة و إصابة الخل، و إذا كانت البيئة في نفس الأمر شهود زور ، لم تحصل الحجة، لأن حجة الحكم هي البيئة العادلة، فإن حقيقة الشهادة إظهار الحق ، و حقيقة الحكم انفاذ ذلك و إذا كان الشهود كذبة لم تكن شهادتهم حقاً، على أنه ليس من ضرورة وجوب القضاء ، نفوذ القضاء حقيقة في باطن الأمر ، و إنما يجب صيانة القضاء عن الإبطال إذا صادف حجة صحيحة. (١)

(١) انظر فتح الباري شرح صحيح البخاري ص ١٣ - ١٧٢ - ١٧٧، نيل الأوطار ج ٨ ص ٣١٤ -

٣١٧، رسائل ابن عابدين ص ٣٧٩.

المبحث الثاني

المراد بأدلة الإثبات

يراد بأدلة الإثبات الحجج الشرعية التي يقدمها الخصوم أمام القضاء عند نظر الخصومة (١)، لإثبات دعوى المدعي (٢) أو دفع المدعى عليه هذه الدعوى (٣)، أو إثبات واقعة معينة يتصل إثباتها بالفصل في الدعوى، و من المسلم به أن القضاء لكي يكون صحيحاً منطبقاً على الحق و الواقع يجب أن يكون القاضي حين يفصل في الدعوى على علم بأمرين: -

الأول:

أن يكون على علم تام بحكم الله تعالى في الواقعة محل النزاع، و ذلك بأن يكون عالماً بأحكام الشريعة الإسلامية من نصوصها القطعية أو بالإجتihad و الاستنباط المبني على غلبة الظن. أو بدراسته للقوانين التي تسنها الدولة بواسطة مجالسها التشريعية و المأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية.

الثاني:

أن يكون على علم تام بوقائع الدعوى التي يراد منه الفصل فيها، و يحصل للقاضي العلم بوقائع الدعوى بأحد طريقين:

الطريق الأول:

- (١) الخصومة هي الدعوى المشتملة على شرائط الصحة، رسالت ابن نجيم ص ٢٣٦.
- (٢) الدعوى قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه، در المنقي شرح المنقي مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٤٩.
- (٣) انظر في تفصيل ذلك: الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٣١، ١٣٢.

أن يشاهد الحادثة بنفسه و يحيط بها علماً إحاطة تامة. و هذا الطريق هو المصطلح على تسميته بعلم القاضي.

الطريق الثاني:

أن يصل إليه خبر الحادثة بطريق التواتر المفيد للقطع و اليقين. هذان هما الطريقان المفيدان لعلم القاضي بالحادثة، و بغيرهما لا يحصل له العلم اليقيني. بيد أن توقف فصل القاضي في الدعوى على مشاهدته، أو النقل المتواتر، من شأنه أن يؤدي حتماً إلى تعطيل مصالح الناس، و الإضرار بهم، و تأييد الخصومات فيما بينهم، و إهدار حقوقهم ، لأن مشاهدة القاضي للحوادث إذا تيسرت في حادثة أو حادثتين، فإنها لا تيسر في آلاف الحوادث فضلاً عن أنه طريق مختلف في العمل به بين الفقهاء ، و النقل بطريق التواتر المفيد للقطع و اليقين، إذا أمكن في القليل من الحوادث ، فإنه لا يمكن في الأعم الأغلب منها.

لذلك أجاز الشارع الحكيم بناء الأحكام على الحجاج الظنية، و الحاق ما يفيد الظن من الأدلة بما يفيد القطع بعد أخذ الاحتياط في ذلك، و بذل أقصى الوسع في الثبوت و التحري، فأجاز للقاضي أن يبني حكمه على شهادة الشهود العدول، و إقرار المدعى عليه بالحق المدعى به.

مع احتمال كذب الشهود العدول فيما شهدوا به، و احتمال كذب المقر في إقراره لغرض ما (١)، نظراً لأن جانب الصدق في شهادة العدول أرجح من جانب الكذب، و لأنه يعد في مجاري العادات أن يكذب الإنسان في إقراره على نفسه بحق يلزمه.

(١) و ما أكثر الأغراض و بحاصة في زماننا هذا الذي فسدت فيه الذمم و خربت الضمان و سيطرت عليه المادة. و من الأغراض: الإقرار على النفس كذباً اتقاء لضرر أكبر، أو جلباً لمنفعة أرجح في نظر المقر و تقديره، أو نظير مال يأخذه من المجرم الحقيقي.

و لم تقف الشريعة عند حد الشهادة، و الإقرار المفيد للظن الراجح، بل توسعت في رعاية الضرورة و تقدير مواضعها، فأجازت بناء الأحكام على الشهادة بالتسامع، و الشهادة على الشهادة. و شهادة امرأة واحدة فيما لا يطلع عليه الرجال إلى غير ذلك من الحجج و الأدلة التي ستناولها بالتفصيل في مواضعها أن شاء الله تعالى.

المبحث الثالث

في

أدلة الإثبات بين الحصر و الإطلاق

للفقهاء في حصر أدلة الإثبات و إطلاقها. قولان مشهوران: -

القول الأول:

أن أدلة الإثبات محصورة في طائفة محدودة من الأدلة، و ليس للخصوم أن يقدموا أدلة غيرها. لإثبات ما يدعونه، و يطلبون الحكم به، كما أنه ليس للقاضي أن يقبل للإثبات غيرها، و لا أن يبني قضاءه على غيرها، و إلا كان قضاؤه غير صحيح و لا أساس له. ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء.(١)

و الأدلة التي حصر جمهور الفقهاء فيها الإثبات منها. ما هو متفق عليه بينهم، و منها ما هو مختلف فيه.

فأما ما اتفقوا عليه منها فهو: الشهادة، الإقرار، اليمين.

و أما ما اختلفوا فيه بين موسع و مضيق، فهو، النكول عن اليمين، الكتابة،

(١) مذكرات في القضاء لفضيلة المرحوم الشيخ أحمد هريدي مفتي جمهورية مصر العربية ١٦٨، ١٦٩.

القسامة، علم القاضي، القرينة (١)، القيافة، القرعة. (٢).

القول الثاني:

أن أدلة الإثبات غير محصورة في طائفة معينة ، فلا يتقيد الخصوم في اثبات الدعاوى و الدفوع (٣)، و الحقوق عامة بدليل أو حجة، و لا يمنع القاضي عن قبول أي دليل أو حجة تقدم إليه متى كانت تؤيد الدعوى، و تثبت الحق المدعى به. ذهب إلى ذلك: ابن القيم، و ابن فرحون المالكي، كما ذهب إليه من الحنفية، الزيلعي في تبين الحقائق، و علاء الدين الطرابلسي في معين الحكام. (٤)

الأدلة:

استدل القائلون بأن أدلة الإثبات محصورة في طائفة معينة. بما يأتي: -

أولاً:

بأن النصوص سواء من القرآن أو السنة و ردت بالشهادة و اليمين. الشهادة لإثبات المدعى دعواه ، و يمين المدعى عليه عند عجز المدعى عن إثبات دعواه، لذلك و جب الاقتصار عليهما.

-
- (١) يدرج تحت القرينة أنواع كثيرة منها: القيافة و القراسة و دلالة الحال أو ظاهر الحال و غير ذلك.
- (٢) انظر في تعداد الأدلة: رد المختار على الدر المختار ج٥ ص٣٥٤، ٥٥٠، البحر الرائق ج٧ ص٢٠٥، الأشباه و النظائر لابن نجيم ص٩٨، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ج٢ ص٤٥١، الفروق للقراقي ج٤ ص٨٣، القوانين الفقهية لابن جزي ص٢٩٤.
- (٣) الدفع دعوى من قبل المدعى عليه يقصد بها دفع الخصومة أو ابطال دعوى المدعى، فإذا ادعى شخص أن العين التي في يد فلان ملكه، فقال المدعى عليه: أن هذه العين أودعها لديه فلان الغائب، كان هذا دفعاً من المدعى عليه يقصد به أنه ليس خصماً للمدعى في إثبات الملكية دون تعرض لصدق المدعى أو كذبه في دعوى الملكية.
- (٤) الطرق الحكمية ص٢٨، ٨٣، ٨٤، بصرة الحكام ج١ ص٢٤٠، ٢٤١، تبين الحقائق ج٤ ص٩١، معين الحكام ص٦٨.

و أما الإقرار، فهو إلزام المدعى عليه نفسه بالحق المدعى به عليه، و القضاء به مجاز، لأن الحق المدعى به يثبت به بمجرد دون توقف على قضاء القاضي و حكمه. و لا يحتاج القاضي معه إلا إلى أن يأمر المدعى عليه المقر بالخروج عما التزمه بالإقرار. و أدائه للمدعى، و عدم التعرض له فيه. (١)

هذا هو دليل الحجج الثلاثة، و التي لا نزاع فيها، و أما ما عداها من الحجج التي حددها جمهور الفقهاء في طائفة معينة. و وقع الخلاف فيما بينهم، فسرى عند الكلام عليها سندها و مأخذها.

اعترض على هذا الدليل: -

بأن الأمر بالشهادة في نصوص الشريعة قصد به توثيق الحق و حفظه، و لا يلزم من ذلك أنه إذا كان هناك من وسائل الإثبات الأخرى ما يدل على الحق. أن القاضي لا يقبله، فطرق حفظ الحقوق شيء. و طرق الحكم شيء آخر. إذ هي أوسع و أعم من طرق حفظ الحقوق، فلا تلازم بين الطريقتين. و على فرض أن النصوص قصد بها التوثيق، و الإثبات معاً. فإنه لا دليل فيها على حصرها في هذه الطرق دون غيرها.

استدلوا ثانياً: بأن إطلاق أدلة الإثبات و عدم حصرها في طائفة محددة تطمئن إليها نفوس المتقاضين، من شأنه أن يؤدي إلى الإضطراب و عدم استقامة أحوال الناس، و يدعو إلى تطويل النزاع، فيكسر الفساد و تصيع الحقوق، لأن حاكماً ظالماً لا يعدم أن يقول: ثبت عندي كذا بأمانة كذا. و من ثم تكون أرواح الناس و أموالهم، و أعراضهم، عرضة للضياع و الإتلاف و الانتهاك و الأهواء. و ذلك لا ترضى عنه الشريعة، التي جاءت لرعاية مصالح الناس، و حفظ (١) و هذا بخلاف الشهادة و اليمين، فإن الحق لا يثبت معهما إلا إذا اتصل القضاء بهما.

حقوقهم، لذلك وجب حصر الأدلة. و عدم التوسع فيها.

افترض على هذا الدليل: -

بأنه يؤدي إلى ضياع كثير من الحقوق، لتوقف ثبوتها على دليل معين. وفي ذلك إغانة للظالم على ظلمه.

أدلة أصحاب القول الثاني: -

استدل ابن القيم رحمة الله على أن طرق القضاء غير محصورة في طائفة معينة.
بالآتي: -

- (١) أن الله سبحانه وتعالى أرسل رسله، وأنزل كتبه، ليقوم الناس بالقسط. وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه، بأي دليل كان فثم شرع الله ودينه.
 - و الله سبحانه وتعالى أعلم وأحكم وأعدل من أن يخص طرق العدل، و أماراته و علاماته بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها، و أقوى دلالة و أبين أمانة، فلا يجعله منها، و لا يحكم به عند وجودها.
 - (٢) أن مقصود الشارع الحكيم إقامة العدل بين عباده، فأى طريق استخرج بها العدل. فهو من دين الله و ليس مخالفاً له. (١)
- هذه هي أقوال الفقهاء و أدلتهم، في إطلاق الأدلة و تقييدها، و بالنظر فيها يتبين أن أرجحها هو القول بعدم حصر الأدلة في طائفة معينة لأن الغاية من القضاء تحقيق العدل فيما بين الناس و إعطاء كل ذي حق حقه. و هذا لا يتأتى إلا بإتاحة الفرصة أمام صاحب الحق بأن يثبت به بأي طريق مادام ذلك ليس منهياً عنه شرعاً.

(١) الطرق الحكيمة ص ١٦، ١٧ بصرف موجز.

و لا خوف من القاضي الظالم أو المنحرف ، لأن القاضي لو اخطأ في حكمه نتيجة لخطئه في تقدير قيمة الأدلة ، و مستندات الخصوم أو نتيجة لتقصير الخصوم في إقامة الدليل ، أو نتيجة لتطبيقه نصاً خلاف النص الواجب التطبيق. أو نتيجة لإنحرافه عن الحق. فإن أمام الخصوم من طرق الطعن في حكمه. ما يكفل إعادة الحق إلى أربابه.

يقول ابن فرحون في تبصرة الحكام. في معرض الكلام عن نقض القاضي أحكام غيره. إذا ظهر للقاضي خطأ بينا لم يختلف فيه و ثبت ذلك عنده رد حكمه و فسخه، كذلك له فسخ الحكم إذا كان مخالفاً لنص أو إجماع.

- أيضاً إذا كان القاضي جائراً في أحكامه . و كان معروفاً بذلك. و هو غير عدل في حاله و سيرته. فإن أحكامه ترد. (١)

- كذلك لا خوف من إطالة أمد التقاضي، لإمكان تداركه و تلافيه.

و ذلك بوضع نظام يحدد الآجال التي يمنحها القاضي لكل خصم، حتى لا تطول الخصومة ، أو تتأبد ، و ليس في ذلك أفتيات على حق أحد لأن العدل يقضي بوصول الحق إلى أصحابه في أقرب الآجال.

يقول ابن فرحون في تبصره الحكام: إن طلب الأجل مصروف إلى اجتهد القضاة بحسب حسن النظر في أمر الخصمين.

و من تكرر منه طلب الأجل ، فإن ظهر للقاضي صدقه . و طمع له بما يدفع عنه ما شهد به عليه ، أجله أجلاً دون الأجل الأول أو مثله حسب اجتهاده و ما يظهر له من حاله. و إذا لم يظهر له صدق قوله و ظهر أن طلبه الآجال للدد أو إطالة لم يؤجله، لأن التأجيل حينئذ ليس إلا بقصد الإضرار بخصمه فلا يجبه إلى طلبه. (٢)

(١) تبصرة الحكام ج١ ص ٨٢، ٨٣.

(٢) تبصرة الحكام ج١ ص ٢٠١، ٢٠٧.

المبحث الرابع

المراد بالبيئة

اختلف الفقهاء في المعنى المراد بالبيئة على عدة أقوال: أشهرها قولان:

القول الأول: أن المراد بالبيئة هي الشهادة ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء. (١)

القول الثاني: أن المراد بالبيئة كل ما يبين الحق و يظهره، من شهادة أو عيّن أو أمانة أو غير ذلك من كل ما يؤدي إلى معرفة الحق.

ذهب إلى ذلك: ابن تيمية و ابن القيم، و اختاره ابن فرحون المالكي، و الزيلعي.

و ابن الغرس و علاء الدين الطبرلسي من الحنفية. (٢)

أدلة القول الأول : -

استدل القائلون بأن المراد بالبيئة الشهادة بالكتاب و السنة.

(١) من الكتاب:

(أ) قوله تعالى: " و استشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين

فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء" (٣)

(ب) قوله تعالى: " و اشهدوا إذا تبايعتم....." (٤)

(ج) قوله تعالى: " و اشهدوا ذوي عدل منكم.." (٥)

وجه الدلالة من الآيات : -

دلّت الآية الأولى على أن شهادة الشهود تظهر و تبين أحقية قول المدعي قبل

(١) مجمع الأفرج ج٢ ص ١٨٥، تبصرة الحكام ج١ ص ٢٤.

(٢) تبصرة الحكام ج١ ص ٢٤٠، تبين الحقائق ج٤ ص ٩١، معين الحكام ص ٦٨.

(٣) آية رقم ٢٨٢ سورة البقرة.

(٤) آية رقم ٢٨٢ سورة البقرة.

(٥) آية رقم ٢ سورة الطلاق.

المدعى عليه فيترجح جانبه بها.

و دلت الآيتان الثانية و الثالثة على طلب الشهادة و الأمر بها، و ذلك لما يترتب على هذا الطلب من بيان الحق و إظهاره عند التجاحد.

و إنما سميت الشهادة بيينة، لما يترتب على أدائها من بيان وجه الصواب للقاضي فيحكم بموجب ما أخبرته به.

أعترض على وجه الدلالة من الآيات: -

بأنه لا يدل على انحصار البيينة في الشهادة. و كل ما تدل عليه الآيات أن الشهادة طريق لها قوتها و حجيتها في حفظ الحقوق و إثباتها عند الحاجة و قد سماها القرآن الكريم باسمها، و لم يخصها باسم البيينة.

فلايات لا دلالة فيها على أن البيينة هي الشهادة.

(٢) من السنة:

ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما. عن النبي صلى الله عليه و سلم. أنه قال: "البيينة على المدعى و اليمين على من انكر". رواه البيهقي باسناد صحيح. (١)

وجه الدلالة من الحديث: -

دل الحديث على أن المراد بالبيينة الشهادة باعتبارها طريقاً للقضاء. و قابلها باليمين كطريق آخر للقضاء، و قسم الطريقين بين المدعى و المدعى عليه و لو أريد بالبيينة كل طرق القضاء، لكانت شاملة لليمين. و لما صحت المقابلة و لا القسمة.

أعترض على وجه الدلالة من الحديث: -

بأن المراد من قوله صلى الله عليه و سلم: "البيينة على المدعى" أن عليه أن يقدم ما يبين الحق الذي يدعيه سواء أكان ما يقدمه شهوداً أو غيرهم من سائر الأدلة،

(١) سبل السلام ج٤ ص ١٣٢، الدراري المضية للشوكاني ج٢ ص ٢١٥.

لأن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البيانات التي هي أدلة عليه وشواهد له ، و لا يرد حقاً منى ظهر بدليله أبداً لما في ذلك من ضياع الحقوق و أنه في حالة عجز المدعى عن تقديم ما يظهر حقه و بينه ، فليس له إلا يمين المدعى عليه.

١- ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما. أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم. بشريك بن سحماء. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "البينة أو حد في ظهرك". (١)

وجه الدلالة من الحديث: -

دل الحديث على أن المراد بالبينة التي طلبها الرسول صلى الله عليه وسلم من هلال إنما هي الشهود ، و قد دل على ذلك أن القرآن الكريم نص قبل هذه الحادثة، على أن البينة هي الشهود، قال تبارك و تعالى: "و الذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة" (٢)

أعترض على وجه الدلالة من الحديث: -

بأن تسمية النبي صلى الله عليه وسلم الشهود بينة كان من أجل وقوع البيان بشهادتهم، و ارتفاع الأشكال بقولهم.

أو لأن الشهادة متعينة في هذا الموضع بالنص ، و هو أن رمي المحصنات لا يثبت إلا بأربعة شهداء ، و الشهادة فرد من أفراد البينة. و هذا لا يمنع أن يكون غيرها من الطرق من أفراد البينة أيضاً.

أدلة القول الثاني: -

(١) نيل الأقطار للشوكاني ج٦ ص ٣٠٥.

(٢) آية رقم ٤ سورة النور.

استدل ابن القيم على أن المراد بالبيئة كل ما يبين الحق و يظهره، بأن لفظ البيئة لم يأت في القرآن الكريم، مراداً به الشهادة البتة. وإنما أتى مراداً به الحجة و الدليل و البرهان و الآية. و من ذلك قوله تعالى:

- (١) قال تعالى: "قل اني على بينة من ربي" (١) أي حجة من ربي.
- (٢) قال تعالى: "أفمن كان على بينة من ربه" (٢) أي كان على برهان من ربه.
- (٣) قال تعالى: "فهم على بينة منه..." (٣) أي على حجة ظاهرة.
- (٤) قال تعالى: "حتى تأتيهم البينة" (٤) و المراد بالبيئة هنا بعثه صلى الله عليه و سلم، لأنه مبين للحق، و حجة ناطقة به.
- (٥) قال تعالى: "و لقد أرسلنا رسلنا بالبينات" (٥) أي بالحجج و الأدلة و البراهين و الآيات إلى غير ذلك من الآيات الكثيرة التي لم يأت فيها لفظ البيئة مفردة أو مجموعة بمعنى الشاهدين . و لا أستعمل فيها مطلقاً، و من ثم يكون حمل جمهور الفقهاء لفظ البيئة على الشهود فقط. تخصيص بلا دليل يدل عليه، و يلزم من ذلك أن نكون قد حملنا كلام الشارع غير المراد منه.

و قول النبي صلى الله عليه وسلم: "البيئة على المدعى" أن عليه أن يظهر ما

يبين صحة دعواه، فإذا أظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له. (٦)

(١) آية رقم ٧ سورة الأنعام.

(٢) آية رقم ١٧ سورة هود.

(٣) آية رقم ٤٠ سورة فاطر.

(٤) الآية الأولى من سورة البينة.

(٥) آية رقم ٣٢ سورة المائدة.

(٦) الطرق الحكمية ص ٢٨.

و طرق الحكم كثيرة غير محصورة. و منها ما يكون أقوى من الشهادة كدلالة الحال على صدق المدعى. فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد و ذلك كترجيح شاهد الحال على مجرد البينة في صورة من على رأسه عمامة، و بيده عمامة و آخر خلفه مكشوف الرأس. يعدو أثره و لا عادة له بكشف رأسه. فبينة الحال و دلالة هنا تفيد ظهور صدق المدعى أضعاف ما يفيد مجرد البينة عند كل أحد، فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة و الدلالة، و لا يضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره و حجته، فإذا لم يؤخذ بذلك ضاع طريق الحكم، و بالتالي يضيع كثير من الحقوق، لتوقف ثبوتهما على طريق معين، و يصير الظالم الفاجر ممكناً من ظلمه و فجوره، فيفعل ما يريد و يقول لا يقوم على بذلك شاهدان اثنان. (١)

إن الرسول صلى الله عليه و سلم. اعتمد في الدفع على مجرد العلامة و القرينة، فقد روى أبو داود و غيره عن جابر بن عبد الله قال : أردت السفر إلى خير فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت: إني أريد الخروج إلى خير. فقال: "إذا أتيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً فإذا طلب منك آية فضع يدك على ترقوته". (٢) فهذا اعتماد في الدفع إلى الطالب على مجرد العلامة و القرينة. و إقامة لها مقام الشاهد. فالشارع لم يبلغ القرائن و الأمارات، و دلائل الأحوال، لأنه في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه و شواهد له، و لا يرد حقاً متى ظهر بدليله أبداً.

و البينة و الدلالة و الحجة و البرهان و الآية و التبصرة و العلامة و الأمانة

(١) اعلام الموقعين ج١ ص ٩٠، ٩١.

(٢) الوسق مكيال مقداره ستون صاعاً و الصاع خمسة أرطال و ثلث.

كلها ألفاظ متقاربة المعنى. (١)

هذه هي أقوال الفقهاء ، و أدلتهم في بيان المراد بالبيئة ، و بالنظر فيها يتبين أن أرجحها. ما ذهب إليه القائلون بأن البيئة اسم لكل ما يبين الحق و يظهره ، لأنه القول الذي يتفق مع روح الشريعة و مقاصدها لأن مقصودها. إقامة العدل بين الناس. يقول ابن عقيل: السياسة الحكيمة ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الإصلاح و أبعد عن الفساد ، و إن لم يضعه رسول أو نزل به وحي، { و مقصود ابن عقيل بقوله هذا أي ليس منصوصاً عليه لكنه ليس مخالفاً لما هو منصوص عليه { و الله أرسل رسوله ، و أنزل كتبه ، ليقوم الناس بالقسط و هو العدل الذي قامت به الأرض و السموات ، فإذا ظهرت أمارات العدل ، و أسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله و دينه. و مقصود الله إقامة العدل بين عباده . و قيام الناس بالقسط و أي طريق استخرج بها العدل و القسط فهي من الدين ليست مخالفة له. (٢)

هذا و قد جرى قضاء المحاكم الشرعية في مصر على اعتبار أن البيئة اسم لكل ما يبين الحق و يظهره ، نصت على ذلك المادة ١٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة المحاكم الشرعية فقالت: الأدلة الشرعية هي ما يدل على الحق و يظهره من إقرار و شهادة و نكول عن الحلف و قرينة قاطعة ، و جاء في حكم المحكمة العليا الشرعية الصادر بتاريخ ٢٧ مايو سنة ١٩٥٠ في قضية الاستئناف رقم ١٤ لسنة ١٩٤٨ ما نصه: المراد بالبيئة ما يبين الحق و يظهره من إقرار و شهادة و نكول عن الحلف و قرينة قاطعة.

(١) الطرق الحكمية ص ١٤.

(٢) نظام القضاء في الإسلام من مطبوعات المجلس العلمي لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية رقم ٢٢ ص

٢١٤ ، ٢١٥ ، الطرق الحكمية ص ١٥.

هذا و الأدلة التي تردد ذكرها في كتب الفقه كطرق للإثبات بين متفق عليه،
و مختلف فيه هي: -

الشهادة ، الإقرار ، اليمين ، الشاهد و اليمين ، النكول عن اليمين ، القسامة ، القرينة ،
القيافة ، القرعة ، علم القاضي ، الخط و الكتابة ، السياسة الشرعية.

و الله الموفق

المبحث الخامس

في

عبء الإثبات

يقصد بعبء الإثبات تكليف أحد المتداعيين بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه ،
و سمي التكليف بالإثبات عبئاً ، لأنه حمل ثقيل يتوء به من يلقي عليه ، و إنما كان
التكليف بالإثبات أمراً ثقیلاً ، لأن من كلف به قد لا يكون مالكا للأدلة التي
يتمكن بها من إقناع القاضي بصدق دعواه.

أهمية عبء الإثبات: -

إن معرفة القواعد في عبء الإثبات ذات أهمية بالغة ، و ذلك لأن إلقاء عبء
الإثبات على غير المكلف به يؤدي غالباً إلى عجزه عن إقامة الدليل الذي طالبه القاضي
به ، إما لأنه لا يملك الدليل لإثبات حقه ، و إما لأنه لا يوفق في كيفية عرضه أمام
القاضي ، و من ثم قد يضيع الحق و يحكم به لغير صاحبه بسبب أن القاضي قد اخطأ
حين ألقى عبء الإثبات على خصم حيث كان يجب تكليف الخصم الآخر ، فمثلاً
لو ادعى شخص على غيره مبلغاً من المال فأنكر المدعى عليه ، فإن على القاضي أن
يكلف المدعى بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه ، أذ هو يدعى خلاف الظاهر الثابت
أصلاً ، فالأصل براءة الذمة ، و أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته.

فإذا كلف المدعى عليه بإثبات براءته ، فإن هذا التكليف سيؤدي غالباً إلى عجزه عن إثبات براءته ، إذ إقامة الدليل على النفي أمر متعذر في أكثر الحالات و من هنا كان الهدف من تعيين المكلف بعبء الإثبات ، اتقاء تحكم القضاء و كفالة حسن سير العدالة و تأمين استقرار المعاملات .

من الذي يكلف بالإثبات: -

كل نزاع إنما ينشأ بين طرفين ، أحدهما مدع و الآخر مدعى عليه ، و تعيين المدعى من المدعى عليه ، يترتب عليه تكليف أحدهما بالإثبات، و معرفة الفرق بينهما من أهم ما تبتني عليه مسائل الدعوى ، و قد حدد الرسول صلى الله عليه و سلم من يكلف بالإثبات في قوله: "البينة على المدعي و اليمين على من أنكر" (١)

و الإنسان قد يكون مدعياً صورة ، و لكنه في الواقع مدعى عليه، و بالتالي يكون القول قوله مع يمينه (٢)، لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المتفق عليه: لو يعطي الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال و أموالهم و لكن اليمين على المدعى عليه.

لذلك احتاج تمييز المدعى من المدعى عليه إلى دقة في النظر و تأمل في معنى الحادثة المعروضة أمام القاضي دون صورتها ، و الاستعانة بالضوابط التي وضعها الفقهاء للتمييز بينهما.

يقول سعيد بن المسيب التابعي المعروف: أيما رجل عرف المدعى من المدعى عليه لم يلبس عليه ما يحكم به بينهما ، و في عبارة أخرى: من ميز بينهما فقد (١) أخرجه البيهقي بسند صحيح.

(٢) كما في صورة المدع إذا ادعى رد الوديعة ، فإنه مدع للرد صورة و هو في الحقيقة منكر لوجوب الضمان المترتب على وجوب رده للوديعة ، و لهذا لا يكلف البينة ، و إنما يطالب باليمين ، البحر الرائق جـ ٧ صـ

عرف وجه القضاء.

و يقول الطرابلسي الفقيه الحنفي في كتابه معين الحكام: علم القضاء يدور على معرفة المدعى من المدعى عليه ، لأنه أصل مشكل.

و قد وضع الفقهاء ضوابط ميزوا بها بين المدعى و المدعى عليه و من ذلك قولهم:

١- المدعى من إذا ترك الدعوى يترك ، يعني تنقطع الخصومة بتركه الدعوى،

و المدعى عليه: من إذا تركها يجبر عليها ، و في معناه قولهم: المدعى من لا يجبر

على الخصومة ، و المدعى عليه من يجبر على الخصومة و الجواب.

و هذا الضابط قال به: الحنفية و الشافعية في قول و الحنابلة في الصحيح

من المذهب. (١)

٢- المدعى من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره أو إثبات حق في ذمته،

و المدعى عليه من ينكر ذلك. (٢) قاله ابن عقيل الحنبلي.

٣- المدعى من تجرد قوله عن أصل أو معهود عرفاً يصدق حين دعواه،

فلذا طلبت منه البينة لتصديقه، كطالب دين على آخر أو جناية أو ادعى على

غيره بفعل من الأفعال كطلاق أو قذف، فإن الأصل و المعهود عدم ما ذكر،

أي أن الأصل في الأشياء العدم. (٣)

(١) معين الحكام ص ٥٣، تكملة الفتح على الهداية ج ٦ ص ١٣٨، كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٨٥

(٢) المغني ج ١٢ ص ١٦٢.

(٣) يقصد بالأصل هنا: الحالة الثابتة التي لا تحتاج إلى دليل و من ذلك: الأصل في الدين براءة الذمة و الأصل في

الإنسان الصحة و العقل و الأصل في الأعيان و الأماكن أنها سليمة من العقود و هكذا، انظر بلغة السالك

ج ٢ ص ٣٣٧، ٣٣٨.

و المدعى عليه من ترجح قوله بجمعهود شرعي كالأمانة، فإنه عهد شرعا أن رها يصدق في قوله، كالوديع و عامل القراض و المساواة أو أصل كالدين، فإن الأصل عدم الدين. (١)

٤- المدعى من يخالف قوله الظاهر، و هو براءة الذمة، و المدعى عليه من يوافق قوله الظاهر، قاله الشافعية في القول الأظهر.

هذه هي أشهر الضوابط التي ذكرها الفقهاء للتمييز بين المدعى و المدعى عليه و بالتأمل فيها يتبين لي أن أجمعها و أقربها و أوضحها للفرقة بين المدعى و المدعى عليه هو ما قاله الشافعية من أن المدعى من يخالف قوله الظاهر، و المدعى عليه من يوافق قوله الظاهر. (٢)

ذلك لأن البيئات شرعت لإثبات خلاف الظاهر، و يؤيد هذا الترجيح ما جاء في قصة الحضرمي و الكندي، فقد روى مسلم و الترمذي عن وائل بن حجر قال: جاء رجل من حضرموت و رجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه و سلم، فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض كانت لأبي، قال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال النبي صلى الله عليه و سلم للحضرمي: ألك بينة؟ قال: لا، قال: فلك يمينه فقال: يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف و ليس يتورع من شيء، قال: ليس لك منه إلا ذلك. فهذا الحديث واضح فيه أن البينة طلبت ممن يدعى خلاف الظاهر، لأن كون الأرض في يده و يقوم على زراعتها أمر ظاهر، فالحضرمي ادعى شغل ذمة الكندي، فيكون بذلك مدعياً خلاف الظاهر، أما

(١) المرجع السابق.

(٢) الظاهر في اللغة هو الواضح و البين، و المقصود به هنا ما هو بين و واضح للناس.

الكندي فقد وافق قوله الظاهر، و هو براءة ذمته فيكون مدعياً عليه. (١)

الحكمة من جعل البيئة على المدعى واليمين على المدعى عليه: -

الحكمة من ذلك: هي أن جانب المدعى ضعيف لأنه ليس معه إلا إخباره بدعواه، من ثم كلف الحجة القوية و هي البيئة لتقوية دعواه خلاف الظاهر، لأن الأصل براءة الذمة، فإذا جاء بالبيئة، فإن جانبه يكون قد قوى على جانب المدعى عليه المتمسك بالبراءة الأصلية.

و فضلاً عن ذلك، فإن تكليف المدعى البيئة يحقق الأمن و الاطمئنان و يردع الادعاءات الكاذبة أو الضعيفة التي لا تستند إلى أي دليل و بذلك يطمئن كل إنسان على نفسه و ماله و عرضه.

أما المدعى عليه فهو الجانب الأقوى لأن الظاهر معه، فالأصل براءة الذمة كما قلنا و باستصحاب هذا الأصل يكون بريئاً و خال العهدة حتى تثبت إدانته أو شغل ذمته، فكانت اليمين في جانبه، مع أنها دليل ضعيف، لأنه الأقوى. و بذلك يكون الشارع قد وزع على كل طرف ما يناسبه، اليمين في جانب الأقوى و البيئة في جانب الأضعف.

و لقائل أن يقول: لم كلف المدعى عليه باليمين مع أنه يعتمد على براءة ذمته و دلالة اليد على الملك و الحيازة و غيرها من الأصول و المرجحات الأولية التي قال بها الفقهاء و هي ثابتة لا تحتاج إلى دليل.

و يجاب عن ذلك بأن تكليفه باليمين كان لسببين: -

الأول: احتمال كذبه في إنكاره فشرعت في جانبه اليمين لعله يمتنع عنها فيقضي

(١) نيل الأوطار ج ٨ ص ٣٤١.

عليه بالنكول، فكثير من الناس لا يتجرؤون على اليمين الكاذبة خوفاً من العقاب
الآخروي الذي يترتب عليها أو أن تصادف قدراً، فتنسب إلى اليمين.
الـثـاني: أن دلالة تلك المرجحات على الملك دلالة في غاية الضعف، فلم تكن وحدها
صالحة للاعتماد عليها في الحكم خاصة و قد عارضتها دعوى المدعى مما زادها
ضعفاً على ضعف، فكانت في حاجة إلى دليل آخر يقويها و هي اليمين.
إلقاء عبء الإثبات على المتنازعين معاً:-

قد يتساوى موقف كل من طرفي الدعوى من غير أن يكون لأحدهما
حجة على الآخر، كما لو تنازع اثنان في ملكية عين بيد شخص ثالث
و قد سلم لهما بعدم ملكيته لهذه العين، و لكنه لا يعرف من منهما مالكة، ففي
هذه الحالة و ما أشبهها يقع عبء الإثبات عليهما معاً ، و تقبل البينة
من كل منهما، فمن أقام منهما بينة حكم له بالعين، و إن أقام كل منهما
بينة، اهدرتا و عدل إلى الترجيح بينهما، فإن تعذر الترجيح، قسمت العين بينهما
منصفة، أو وقفت طلباً لما يرجح إحدى البينتين أو أقرع بينهما على الخلاف في
ذلك. (١)

و بهذا ينتهي الكلام عن الفصل التمهيدي، و يليه الكلام عن أدلة الإثبات
و أدلة الإثبات كما قلنا بعضها متفق عليه، و بعضها مختلف فيه.
و نبدأ في الكلام عن الأدلة المتفق عليها في الباب الأول.

(١) معنى المحتاج جـ ٤ صـ ٤٨٠، الشرح الكبير جـ ٢ صـ ١٨٧ و ما بعدها.

الباب الأول

في

الأدلة المتفق عليها. و فيه فصول

الفصل الأول

في الشهادة. و فيه مباحث

المبحث الأول

التعريف بالشهادة و مشروعيتها و الأثر المترتب عليها

الشهادة من أكد الأدلة، في إظهار الحق و إثباته متى استكملت نصابها في نوع الحق المطلوب إثباته. و لذلك لم يختلف أحد في العمل بها في الحدود، و القصاص، و الأموال، و الأبضاع، و في سائر الحقوق.

التعريف بالشهادة: -

أولاً: في اللغة:

تطلق الشهادة لغة: على الإخبار بالشيء خبراً قاطعاً، لأنها مشتقة من المشاهدة. فالشاهد يخبر بما شاهده و عاينه.

و تطلق على معان أخرى. منها: الحضور، و الأداء، و الحلف، و الإطلاع على الشيء و معاينته. (١)

ثانياً: في اصطلاح الفقهاء:

عرف الفقهاء الشهادة شرعاً بتعاريف مختلفة في العبارة و الأسلوب. لكنها تكاد تتفق في المعنى.

(١) فالحضور كقولك: شهد المجلس، أي حضره، و منه قوله تعالى: "فمن شهد منكم الشهر فليصمه" و الأداء، كقولك، شهد لفلان على فلان بكذا، أي أدى ما عنده من الشهادة، و الحلف كقولك: شهد بالله، أي حلف.

(١) عرفها الحنفية: بأنها إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق و لو بلا دعوى. (١)

(٢) عرفها المالكية: بأنها إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه. (٢)

(٣) عرفها الشافعية: بأنها إخبار حاكم أو محكم عن شيء بلفظ خاص. (٣)

(٤) عرفها الحنابلة: بأنها إخبار شخص بما علمه بلفظ خاص. (٤)

هذه هي أبرز التعاريف التي ذكرها فقهاء المذاهب الأربعة بالتأمل فيها نجد: —
أولاً:

اتفاقها على أن الشهادة إخبار القاضي و ذلك لأن الإخبار لا يكون شهادة إلا إذا كان أمام القاضي، أما إذا لم يكن أمام القاضي فلا يكون شهادة شرعاً بل مجرد خبر. و كون التعريف الحنبلي لم ينص على ذلك صراحة فلأنه من المعلوم أن الإخبار لا يكون شهادة إلا إذا كان أمام القاضي أو المحكم.
ثانياً:

أن التعاريف قيدت الإخبار بكونه صادقاً، و هذا يعني أن الإخبار الكاذب لا يثبت به الحق المدعى به.

و سبيل معرفة الإخبار الصادق من الكاذب هو القاضي و ماله من سلطة الترجيح بين البيّنات. و استظهار وجه الصواب أو علمه بوقائع الحادثة. ووسيلته إلى ذلك: —

(أ) أنه إذا قدم أحد الخصوم شهادة، لإثبات واقعة، كان للخصم الآخر دائماً

(١) الفتح على الهداية ج٦ ص٢.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص١٦٤.

(٣) نهاية المحتاج ج٨ ص٢٧٧.

(٤) كشف القناع ج٦ ص٣٩٩.

إثبات عدم صحة هذه الواقعة. (١)

(ب) من حقه شرعاً أن يناقش الشهود و أن يسألهم عن كل شيء في

الشهادة، و خاصة عند التهمة و عند الريبة فيسأل عن مصدر الشهادة

و عن طريق العلم بها و كيفية التحمل. و عن صفات المشهود به

و عن أوصاف المشهود عليه، كما يحق له أن يفرق الشهود و يسمع

كلأ منهم على حدة و يطرح عليه بعض الأسئلة ليستوثق من صحة

شهادته، فإذا اختلف الشهود في الشهادة رد شهادتهم و لم يحكم بها.

(ج) إذا شهد عنده عدلان. و هو يعلم خلاف ما شهدا به مشاهدة أو

سماعاً أو ظناً راجحاً فلا يجوز له الحكم بشهادتهما.

يقول ابن فرحون في التبصرة: إذا شهد عند القاضي شهود عدول بما يعلم هو

خلافه فلا يحل له أن يسمع منهم و لا يقضي بشهادتهم (٢)، و يقول الشوكاني بمناسبة

شرحه لحديث "إنما أنا بشر و إنكم تختصمون إلي" لو شهدت البينة بخلاف ما يعلمه

القاضي مشاهدة أو سماعاً أو ظناً راجحاً لم يجوز له أن يحكم بما قامت به البينة.

قال الحافظ: و نقل بعضهم فيه الاتفاق (٣)، و يقول ابن قدامة في المغني: إذا رأى

القاضي على شاهدين ما يوجب رد شهادتهما ردها. (٤)

ثالثاً:

يؤخذ من تعاريف الفقهاء للشهادة أنه لا يصح لشاهد شهادة بشيء. حتى

يحصل له به علم، إذ لا تصح الشهادة إلا بما علم و قطع بمعرفته، لا بما شك فيه،

(١) المغني ج ٩ ص ٨٧، ٨٨، المغني و الشرح الكبير ج ١١ ص ٤٥٢، ٤٥٣.

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٠٠.

(٣) نيل الأوطار ج ٨ ص ٣١٧.

(٤) المغني ج ١١ ص ٤٥٢.

و لا بما يغلب على الظن معرفته، لأنها مأخوذة من المشاهدة و المعاينة. قال تعالى: "و ما شهدنا إلا بما علمنا" (١) و قال تبارك و تعالى: "و لا تقف ما ليس لك به علم إن السمع و البصر و القواد كل أولئك كان عنه مستولاً" (٢) و قال عز من قائل: "إلا من شهد بالحق و هم يعلمون" (٣) و قال تعالى: "سنكتب شهادتهم و يسألون" (٤).

و عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم، سئل عن الشهادة، فقال للسائل: "هل ترى الشمس؟ قال: نعم، فقال: على مثلها فاشهد أو دع". أخرجه البيهقي و الحاكم و صححه، (٥).

و العلم إما برؤية أو سماع أو استفاضة فيما يتعذر علمه بدونها كتسبب و موت، و نكاح و نحوها على ما سيأتي الكلام عليه تفصيلاً. (٦)

رابعاً: إن التعاريف قيدت الإخبار بلفظ خاص، و هذا اللفظ الخاص هو لفظ -أشهد- و قد نازع ابن تيمية و ابن القيم و غيرهما في اشتراط لفظ -أشهد- على ماسئنه. خامساً:

أن ما جاء في التعريف الحنفي من قيد -ولو بلا دعوى - قصد به إدخال دعوى الحسبة، فإنه لا يشترط فيه تقدم الدعوى على ما سيأتي، و ذلك كالشهادة على أسباب التحريم من طلاق و رضاع و نحوهما.

هذا و تختلف الشهادة عن الإقرار و الدعوى و الرواية، لأن الشهادة: إخبار

(١) آية رقم ٨١ سورة يوسف.

(٢) آية رقم ٣٦ سورة الإسراء.

(٣) آية رقم ٨٦ سورة الزخرف.

(٤) آية رقم ١٩ سورة الزخرف.

(٥) تنخيص الخير لابن حجر العفلاقي ج٤ ص ١٩٨.

(٦) معين الحكم ص ٦٨.

الشخص بحق لغيره على غيره، و الإقرار: إخبار الشخص بحق لغيره على نفسه،
و الدعوى: إخبار الشخص بحق لنفسه على غيره. و الرواية : إخبار بموضوع عام لا
يتعلق بشخص بخاصة.

التلفظ بلفظ أشهد: -

إذا حضر الشاهد إلى مجلس القضاء، لأداء الشهادة، فهل يشترط أن يؤديها
بلفظ الشهادة. فيقول: أشهد، أم أنه لا يشترط في صحة أدائها التلفظ بلفظ أشهد،
و إنما تصح شهادته بأي لفظ آخر يؤدي المعنى كأعلم، و أتيقن.
اختلف الفقهاء على قولين: -

القول الأول:

يشترط في أداء الشهادة أن يقول الشاهد: أشهد، فلو قال أعلم، أو أتحقق، لا تقبل
شهادته.

ذهب إلى ذلك: الحنفية، و الشافعية، و الحنابلة، و المالكية في قول. (١)

القول الثاني:

لا يشترط في صحة أداء الشهادة التلفظ بلفظ أشهد. بل متى قال الشاهد: رأيت،
أو سمعت، أو أعلم، أو أتحقق و نحو ذلك، كانت شهادة منه، فكل من أخبر بشيء. فقد
شهد به و إن لم يلفظ بلفظ أشهد.

ذهب إلى ذلك المالكية في القول الآظهر، و ابن تيمية، و ابن القيم و حكاه ابن القيم.

(١) تبين الحقائق للزليعي ج٤ ص ٢١٠، الفتح على الملهية ج٦ ص ١١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
ج٤ ص ١٦٥، غنية المحتاج ج٨ ص ٢٧٧.

مذهباً لأبي حنيفة، وأنه ظاهر قول أحمد. (١)

الأدلة: -

أولاً: أدلة الجمهور

استدل جمهور الفقهاء على اشتراط تأدية الشهادة بلفظ أشهد بخصوصه. بالقرآن الكريم و بلغة العرب.

أولاً: القرآن الكريم: -

(١) قال الله تعالى: "وأشهدوا ذوى عدل منكم" (٢)

(٢) قال الله تعالى: "وأشهدوا إذا تباعتم....." (٣)

(٣) قال الله تعالى: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم....." (٤)

(٤) قال الله تعالى: "وأقيموا الشهادة لله....." (٥)

(٥) قال الله تعالى: "فاستشهدوا عليهن أربعة منكم....." (٦)

فهذه النصوص و غيرها كثير جاءت صريحة. و ناطقة بلفظ الشهادة. فيجب على الشاهد التلفظ بها عند أدائه الشهادة و الوقوف عندها، فان تلفظ بغيرها لا تقبل شهادته.

أعترض على وجه الدلالة من الآيات:

بأنها لا تدل على وجوب تلفظ الشاهد بلفظ أشهد بخصوصه و لا تعلق لها بصيغة معينة، وإنما سيقى، لحث أصحاب الحقوق على توثيق حقوقهم بالشهاد عليها.

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٦٥، حاشية العدوى على شرح الخروشي ج ٥ ص ١٧٥
تبصرة الحكام ج ١ ص ٣١٦ - ٣١٨، الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٣٥، ٢٣٦، معين الحكام ص ٨٨.

(٢) الآيات على الترتيب: ٢ سورة الطلاق، ٢٨٢ سورة البقرة، ٢٨٢ سورة البقرة ٢ سورة الطلاق، ١٥ سورة النساء.

و أداء هذه الشهادة و إقامتها عند الطلب، و هذا لا يستلزم أن يكون الأداء بلفظ أشهد بخصوصه، لأن المدار في الشهادة على ما يدل على حصول علم الشاهد بما شهد به أياً كانت الصيغة التي يخبر بها.

ثانياً: اللغة العربية: -

لفظ أشهد في اللغة العربية يتضمن معنى المشاهدة و هو الاطلاع على الشيء عياناً. (١) و يتضمن معنى القسم، لأنه قد استعمل فيه نحو أشهد بالله لقد كان كذا. أي أقسم و يتضمن كذلك الإخبار بالحال فكان الشاهد يقول: أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك و أنا أخبر به، و هذه المعاني مفقودة في غير لفظ أشهد.

أعترض على ذلك:

بأن تضمن الشهادة. هذه المعاني. هو من قِيلَ المشترك اللفظي، و المشترك اللفظي لا يَراد منه عند الاستعمال إلا معنى واحداً و لا يجوز أن يراد به. كل واحد من معانيه، لأنه لم يوضع لمعانيه بوضع واحد، بل وضع لكل واحد من معانيه بوضع خاص فارادة الجميع في نص واحد مخالف للوضع العربي في اللغة، و مخالفة الوضع العربي لا تجوز و فضلاً عن ذلك فقد دلت القرينة. هنا على إرادة الإخبار لا غير، و الإخبار كما يحصل بلفظ أشهد يحصل بلفظ آخر يؤدي معناه فلا يتوقف أداء الشهادة على لفظ أشهد لغة.

• و استدلل ابن القيم على عدم اشتراط التلفظ بلفظ أشهد بالكتاب و السنة

و الآثار:-

أولاً: الكتاب الكريم:-

قال تعالى: "قل هلم شهداءكم الذين يشهدون أن الله حرم هذا فإن شهدوا فلا

(١) يدخل في ذلك الشهادة بالسمع، فإنما عن مشاهدة حكماً، أو أنما خارجة عن القياس.

تشهد معهم" (١)

وجه الدلالة:

دلت الآية الكريمة على أنه ليس المراد التلفظ بلفظ أشهد في هذا المقام، بل مجرد

الإخبار بتعظيمه.

و قوله تعالى: "لكن الله يشهد" (٢) لا يتوقف صحته على أن يقول سبحانه: أشهد.

و من ذلك قوله تعالى: "و الله يشهد إن المنافقين لكاذبون" (٣) "شهد الله أنه لا اله إلا

هو". (٤)

و قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله و لو على

أنفسكم" (٥) و المقر على نفسه لا يقول أشهد و مع ذلك سمي شهادة.

و قال تعالى: "واجتنبوا قول الزور" (٦) أي شهادة الزور، و معنى ذلك أن القول

و الشهادة سواء.

فهذه الآيات و غيرها كثير تدل على عدم اشتراط لفظ الشهادة، و ليس في غيرها

من كتابه سبحانه و تعالى، و لا في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم موضع واحد يدل

على اشتراط لفظ الشهادة و لا ورد ذلك عن أحد من الصحابة. (٧)

(١) آية رقم ١٥٠ سورة الأنعام.

(٢) آية رقم ١٦٦ سورة النساء.

(٣) الآية الأولى من سورة المنافقين.

(٤) آية رقم ١٨ سورة آل عمران.

(٥) آية رقم ١٣٥ سورة النساء.

(٦) آية رقم ٣٠ سورة الحج.

(٧) الطرق الحكمية ص ٢٣٥ تبصرة الحكام ج ١ ص ٣١٧.

ثانياً: السنة النبوية: -

قال صلى الله عليه وسلم: "عدلت شهادة الزور الإشراك بالله" (١)
و قال عليه الصلاة والسلام: "ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ الشرك بالله و قتل النفس
التي حرم الله، و قول الزور". (٢)
وجه الدلالة:

أنه صلى الله عليه وسلم: سمى قول الزور شهادة و إن لم يكن معه لفظ أشهد.

ثالثاً: الآثار: -

صح عن ابن عباس أنه قال: شهد عندي رجال مرضيون، و أرضاهم عندي عمر،
أن النبي صلى الله عليه وسلم، فمى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس و بعد
الصبح حتى تطلع الشمس. (٣)
و معلوم أن عمر بن الخطاب لم يقل لابن عباس: أشهد عندك، و لكن أخبره فسمي
ذلك شهادة.

هذه هي أقوال الفقهاء و أدلتهم في اشتراط تلفظ الشاهد بلفظ أشهد، و بالتأمل
فيها يتبين أن أرجحها ما ذهب إليه المالكية في القول المشهور و ابن تيمية و ابن القيم
و غيرهم لقوة أدلته، و لأن الشهادة إخبار . و الإخبار كما يتحقق بلفظ أشهد، يتحقق
كذلك بلفظ آخر يؤدي معناه من كل ما يدل على حصول علم الشاهد بما شهد به
كرأيت كذا و سمعت كذا أو أتحقق أن لهذا عند هذا كذا، فلا يشترط لأداء الشهادة
صيغة معينة و الله أعلم.

(١) التلخيص الخبير ج ٢ ص ٤٠٤ نيل الأوطار ج ٨ ص ٣٠٩.

(٢) رواه البخاري و مسلم، نيل الأوطار ج ٨ ص ٣٠٩.

(٣) رواه البخاري في كتاب المواقيت و ابو داود و ابن ماجه في كتاب الإقامة و انظر صحيح البخاري مع حاشية

السندي ج ٩ ص ٧٦.

مشروعية الشهادة: -

الشهادة مشروعة و قد دل على مشروعتها و حجيتها الكتاب و السنة و الإجماع و المعقول، أما الكتاب - فقوله تعالى: "و استشهدوا شهيدين من رجالكم" (١) "و اشهدوا إذا تبايعتم" (٢) "و اشهدوا ذوي عدل منكم و أقيموا الشهادة لله" (٣) و وجه الدلالة من الآيات: -

أن الله تعالى أمر بالإشهاد فيهن و الأمر دليل المشروعية.

و أما السنة، فأحاديث كثيرة جاءت على لسان الرسول صلى الله عليه وسلم يطلب فيها الشهادة و من ذلك ما أخرجه البخاري و مسلم عن الأشعث بن قيس قال: كان بيني و بين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: شاهدك أو يمينة (٤)

و قد أجمعت الأمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على مشروعية الشهادة و الاعتماد عليها في بناء الأحكام و لم يخالف في ذلك أحد. و لأن الحاجة داعية إلى الشهادة لحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع إليها لصون العقود عند التجاحد و حفظ الأموال على أربابها.

قال شريح: القضاء جهر فنحه عنك بعودين، يعني الشاهدين، و إنما الخصم داء و الشهود شفاء، فأفرغ الشفاء على الداء. (٥)

الحكمة من مشروعية الشهادة: -

الحكمة من مشروعية الشهادة، صيانة الحقوق و ردها إلى أصحابها إذا أعتدى

(١) (٢) آية رقم ٢٨٢ سورة البقرة.

(٣) آية رقم ٢ سورة الطلاق.

(٤) نيل الأوطار ج ٨ ص ٣١٣.

(٥) انظر فيما تقدم: المغنى ج ١٢ ص ٢، كشف القناع ج ٦ ص ٣٩٣.

عليها، و تمكين القضاء من توقيع العقوبة على من يستحقها.

يقول السرخسي في المبسوط: إذا كان القياس يأبي كون الشهادة حجة في الأحكام، لأنها خير يحتمل الصدق و الكذب، و المحتمل لا يكون حجة ملزمة، إلا أنا تركنا القياس بالنصوص الدالة على اعتبارها و طلبها و التعويل عليها. و لأن حاجة الناس داعية إليها، لأن المنازعات و الخصومات تكثر بين الناس و تتعذر إقامة الحجة الموجبة للعلم في كل خصومة، و التكليف إنما يكون بحسب الوسع فقضت الضرورة بالأخذ بالشهادة. (١)

الأثر المترتب على أداء الشهادة، و مدى حرية القاضي في تقديرها: -

إذا أدى الشاهدان شهادتهما أمام القاضي، و قد توافرت فيهما شروط أدائها، فهل يكون ملزماً بالحكم بموجبها و لو خالفت اقتناعه، أم أن له يردّها لعدم قناعته بصدقها؟
اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول- يجب على القاضي أن يحكم بموجب شهادتهما و لو خالفت قناعته. لأن الشهادة عند استكمال شروطها، تكون قد أظهرت الحق المدعى به، و صار المشهود به كالثابت بالعيان، و القاضي مأمور شرعاً بالحكم بالحق عند ظهوره. فإن امتنع عن الحكم بما أثم و استحق التعذير، لارتكابه ما لا يجوز شرعاً، ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء. (٢)

القول الثاني - يجوز للقاضي أن يرد شهادتهما بعد سماعها، إذا لم يقتنع بها، و لو كانت مستوفية لشروط أدائها، لأن الشهادة ما هي إلا طريقاً موصلاً للحق الذي

(١) المبسوط ج٦ ص ١١٢.

(٢) بدائع الصنائع ج٦ ص ٢٨٢، المغني ج١١ ص ٤٥٢، مواهب الجليل ج٦ ص ١٥٨، كتاب أدب

القاضي لابن أبي الدم ص ١٤٠.

يجب نصره و العمل على الوصول إليه عن يقين و اقتناع، ليأتي الحكم مطابقاً للحق و الواقع، و مقيماً للعدل الذي أمر الله تعالى به في قوله: "و إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل"، و ليس في الحكم بشهادة مشكوك في صدقها ما يتفق و العدل المأمور به في الآية الكريمة.

ذهب إلى ذلك: بعض فقهاء المالكية و الحنابلة،(١) كما ذهب إليه كثير من الفقهاء المعاصرين.(٢)

يقول ابن فرحون: إذا شهد عند القاضي شهود عدول بما يعلم هو خلافه فلا يحل له أن يسمع منهم و لا يقضي بشهادتهم.

و يقصد بالعلم في قول ابن فرحون: "إذا شهد عند القاضي شهود عدول بما يعلم هو خلافه" مطلق الإدراك الشامل لليقيني، كأن يشهد الواقعة التي يحكم فيها بنفسه، أو الظني كالإدراك الحاصل له نتيجة تأمله لأحوال الشهود بعد سماعهم، و لا يحكم بها إلا إذا سكنت إليها نفسه و اطمئن إليها وجدانه.

و يقول ابن قدامة الحنبلي في المغنى: إذا رأى القاضي على الشاهدين ما يوجب رد شهادتهما ردها.

و هذا القول من ابن قدامة، يستوي فيه رد القاضي للشهادة قبل سماعها و ردها و عدم الأخذ بها بعد سماعها، مادام لم يقتنع بها، و ذلك لما داخله من قرائن و أمارات و أحوال تستوجب عدم صدقها و بالتالي عدم الأخذ بها، و يقول الشوكاني في نيل الأوطار: لو شهدت البيعة بخلاف ما يعلمه القاضي مشاهدة أو سماعاً أو ظناً راجحاً، لم يجز له أن يحكم بما قامت به البيعة.

(١) تبصرة الحكام ج١ ص ٣٠٠، المغنى ج١١ ص ٤٥٢.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ج٨ ص ٣١٧.

هذه هي أقوال الفقهاء في مدى حرية القاضي في تقدير شهادة الشهود و بالتأمل فيها و فيما طرأ على الناس في هذا الزمان، يتبين لي أن أرجحها هو ما ذهب إليه القائلون بأنه يجوز للقاضي أن يرد الشهادة بعد سماعها و توفر شروطها، إذا لم يقتنع بها للأسباب الآتية: -

أولاً- القاضي نصب للحكم بين الناس بالعدل ، و هو لا يقوم بذلك إلا إذا كانت له الحرية في تقدير قيمة الدليل و استخلاص الحقيقة منه ، و الحكم بما يطمئن له قلبه و يستريح له ضميره .

ثانياً- إقامة الحق و الحكم بين الناس بالعدل مبدأ من المبادئ الأساسية في الإسلام ، لا يتغير بتغير الزمان و المكان .

أما الوسائل الموصلة لهذا الحق ، فإنها تتغير بتغير الزمان و المكان ، و لما كانت الشهادة إحدى وسائل إظهار الحق و إثباته ، و كان الشهود قد طرأ عليهم من الأحوال ما لم يكن موجودا من قبل بسبب تداخل أحوالهم و تشابك مصالحهم و تبادل المنافع فيما بينهم، فضلا عن ضعف الوازع الديني لديهم، فإنه يكون من الضرورة لتحقيق العدالة ، أن تقيد هذه الشهادة بقيود تؤدي إلى قناعة القاضي بصدقها ، و تحدد من سطورتها و أثارها حتى تأتي مطابقة للحق و الواقع.

ولا بدع في ذلك فقد سبق للسلف أن أضافوا قيودا علي قبول الشهادة لما أحدث الناس و دخل عليهم من الفساد ما لم يكن موجودا من قبل ، كما يظهر من التسلسل التالي :

أولاً- في عصر الصحابة رضي الله عنهم ، كانت الشهادة وسيلة بذاتها ، و كان إسلام الشاهد كافيا كما يقول الحنفية في إثبات عدالته ، لتعديل الله تعالى لهم و الثناء عليهم ، فلم يكونوا في حاجة إلى بحث أو تحر عن عدالتهم و صدق شهادتهم .

ثانياً - لما فسد الزمان فيما بعد عصر الصحابة ، احتاج الأمر إلى التحري و السؤال عن عدالة الشاهد، و ذلك عن طريق التزكية الجهرية و السرية، و استمر الحال كذلك الي أن تجرأ المجروحون علي المزكي و تعرضوا له بالإيذاء .

ثالثاً - لما زاد الفساد بين الناس ، استغنى عن التزكية العلانية و اكتفى بالتزكية السرية، لأن العلانية باتت بلاء و فته لما ترتب عليها من أيذاء و اضرار من قبل الشهود و المدعين للجراح .

رابعاً - لما ازدحم الناس و تكاثروا و غلب عليهم الفساد أكثر و أكثر و ضعف الوازع الديني لديهم و أصبحت التزكية متعذرة ، اختار القضاء ، كما اختار ابن ابي ليلى استحلاف الشهود لغلبة الظن و الاستغناء عن التزكية بقسميها ، العلانية و السرية ، و لا يرد على هذا التحليف ما في الكتب المعتمدة من أنه لا يمين على الشاهد ، لأن ذلك مقيدا بظهور عدالته ، و الكلام عن إخفائها خصوصا في زماننا، فان الشاهد مجهول الحال و كذلك المزكي غالبا و المجهول لا يعرف المجهول (١).

هذه هي أسباب ترجيح القول الثاني ، و منها و من غيرها يظهر بوضوح أن القول بغير ذلك يكون بعيدا عن الواقع و مخالف للمشاهد و المعايين من أحوال الناس من تشابك للمصالح و تبادل للمنافع و سلطان للمال على تصرفاتهم و ضعف للوازع الديني على سلوكياتهم ، الأمر الذي أدى إلى أن يتخذ بعض المسلمين شهادة الزور مهنة و حرفة له ، و أبواب المحاكم ذاخرة بهم و الناس يرون ذلك و يستعينون بهم جهارا فهارا .

لذلك لم يكن هناك من بديل إلا إعطاء القاضي حرية تقدير قيمة الشهادة بعد سماعها و الأخذ بما تسكن إليه نفسه و يطمئن له ضميره .

(١) طرق القضاء ص ٢٠٢

و ما يثيره البعض من التخوف من عدم الثقة بالقاضي أو انحرافه أو ميله ، ما هو إلا قول مرسل، لأن القضاء محوط بضمانات عديدة و مراقبات صارمة من شأنها أن تبعد بالقاضي عن الهوى أو الميل أو الانحراف إلى أحد الخصوم ، و إلا كان حكمه قابلاً للإبطال ، و الله أعلم .

المبحث الثاني

في

تحمل الشهادة و أدائها

أولاً: تحمل الشهادة: -

تحمل الشهادة معناه: رؤية الشخص فعلاً أو سماعه قولاً و استحقاقه ليشهد به، فإن كان في حق من حقوق العباد توقف على الدعوى، و إن كان في حق من حقوق الله و جب من غير دعوى.

حكم التحمل: يختلف حكم التحمل باختلاف ما إذا كان الشخص المدعو للتحمل متعيناً أو غير متعين.

فإن كان غير متعين، بان كان يوجد غيره و يقوم مقامه في التحمل، فلا خلاف في أن تحمل الشهادة يكون فرض كفاية، يحمله بعض الناس عن بعض، حتى لا تضيع الحقوق و تبطل الموثيق، و متى قام به البعض سقط عن الباقي كسائر فروض الكفاية، و إن لم يقم به أحد أثموا جميعاً.

و هل يأثم من يدعى إلى تحمل الشهادة فيمتنع مع وجود غيره، وجهان عند

الحنابلة: -

أحدهما:

يأثم لأنه قد تعين بدعائه و هو منهى عن الامتناع، قال تعالى: "و لا يأب الشهداء

إذا مادعوا". (١).

الوجه الثاني:

لا يأنم، لأن غيره يقوم مقامه، فلم يتعين في حقه كما لو لم يدع إليها، وهذا ما ذهب إليه الحنفية و الشافعية و هو الراجح، لأن الحق لا يضيع بامتناعه، ولأن الشاهد لا يسمى شاهداً إلا بعد أن يكون عنده علم بالشهادة، و أما قبل أن يعلم بما فليس بشاهد، و لأنه لا يدخل تحت قوله تعالى: "ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا" إلا من هو شاهد فعلاً. (٢).

يقول الشافعي رحمه الله: الذي أحفظ عن كل من سمعت منه من أهل العلم أن هذه الآية في الشاهد قد لزمته الشهادة. (٣).

و يجب على المشهور في المذهبين الشافعي و الحنبلي على من يتحمل الشهادة أن يكتبها و يتأكد ذلك الوجوب في حقه إذا كان رديء الحفظ أو ممن يطرأ عليه النسيان، حفظاً للحق عن الضياع أو النسيان، و لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

أما إذا كان من دعى إلى الشهادة متعيناً، بأن لم يوجد غيره، فإنه لا خلاف في أن تحملها يكون واجباً عليه، لأن المقصود لا يحصل إلا به.

يقول الحنفية: إذا كان الرجل في موضع ليس فيه من يحمل ذلك عنه تعين عليه، لأنه قد

(١) آية رقم ٢٨٢ سورة البقرة.

(٢) المغني ج٩ ص١٤٦، ١٤٧، ١٥٧، الاختيار لتعليل المختار ج٢ ص١٣٩ مغني المحتاج ج٤ ص٤٥٠، ٤٥١.

(٣) المحلى لابن حزم ج٩ ص٤٢٩، تفسير ابن كثير ج١ ص٣٣٥.

صار ذلك في حق المسلم كالعبادة. (١)

و يقول المالكية: إذا كان الرجل في موضع ليس فيه من يتحمل ذلك عنه تعين
الفرض. (٢)

و يقول الشافعية: وإن كان في موضع لا يوجد غيره ممن يقع به الكفاية تعين عليه، لأنه
لا يحصل المقصود إلا به. (٣)

و يقول الحنابلة: أن لم يتم بتحمل الشهادة أحد تعينت على من وجد. (٤)
ثانياً: أداء الشهادة: -

يقصد بأداء الشهادة: دعوة الشاهد ليشهد بما علمه و استحفظ إياه أمام القاضي.
حكم الأداء في الشهادة: -

(أ) في حقوق العباد:

يختلف حكم الأداء في الشهادة باختلاف كثرة شهود الواقعة و قلتهم،
فإن كان شهود الواقعة كثير، فالأداء فرض كفاية عليهم لحصول الغرض ببعضهم،
فإن شهد منهم اثنان فقد حصل المقصود وسقط الإثم عن الباقيين، و إلا أثنوا جميعاً
و كانوا مسئولين أمام الله تعالى عن هذا التقصير.

أما إذا لم يوجد للقضية إلا شاهدان، لأن الشهادة لم يتحملها سواهما أو لأن
غيرهما قد مات أو جن أو فسق أو غاب، أو لأن طالب الشهادة طلب منهما
الأداء بأعيانهما، فإن أداءها يكون واجباً عليهما لتعينهما.

(١) معين الأحكام ص ٦٥، الاختيار لتعليل المختار ج ٢ ص ١٣٩.

(٢) بصره الأحكام ج ١ ص ٢٤٥.

(٣) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٥٠.

(٤) كشف القناع ج ٦ ص ٣٩٩.

و يكون أداء الشهادة واجباً كذلك إذا علم الشاهد أن الحادثة لم يشاهدها

غيره إحياء للحق. و عليه أن يعلم صاحب الحق بشهادته. (١)

و قد دل على وجوب الأداء آيات كثيرة في القرآن الكريم و من ذلك:-

(١) قوله تعالى: "و لا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا" (٢) فقد نُهت الآية الكريمة

الشهداء عن عدم القيام بأداء الشهادة بعد تحملها و طلب صاحبها.

(٢) قوله تعالى: "و أَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ" (٣) في هذه الآية يأمر الله تعالى بإقامة

الشهادة، و إقامتها تشمل الاشهاد على انشاء العقود و التصرفات، و تشمل

أدائها أمام القضاء، و قد جعل الله إقامة الشهادة حقاً من حقوقه و نسبها

إلى نفسه تعالى، و ذلك لرعاية الحقوق و حفظها. (٤)

(٣) قوله تعالى: "ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها" (٥)، في هذه الآية

الكريمة يأمر الله تعالى بأداء الأمانات إلى أهلها، و الشهادة أمانة في ذمة من

تحملها، فيجب عليه أن يؤديها عند طلبها.

(٤) قوله تعالى: "ولا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ و من يَكْتُمها فإنه آثم قلبه" (٦) ينهى الله

تعالى في هذه الآية عن كتمان الشهادة، و أن من يكتُمها يكون مستحقاً

للعقاب و نسب سبحانه ذلك إلى أشرف الأعضاء، و هو القلب. و ذلك

(١) معين الأحكام ص ٦٥، بصرة الأحكام ج ١ ص ٢٤٥، التكملة الثانية من المجموع شرح المذهب ج ١٨ ص

٤٥٩، كتاب ادب القضاء لابن أبي الدم ص ٣٥٣، كشف القناع ج ٦ ص ٣٩٩.

(٢) آية ٢٨٢ سورة البقرة.

(٣) آية رقم ٢ سورة الطلاق.

(٤) تفسير ابن كثير ج ١ ص ٥٦٥ و ج ٢ ص ٣٠، و ج ٤ ص ٣٧٩.

(٥) آية رقم ٥٨ سورة النساء.

(٦) آية رقم ٢٨٣ سورة البقرة.

لما يترتب على الكتمان من ضياع الحقوق و انتهاك الحرمات.(١)

هذا و قد اعتبر العلماء كتمان الشهادة عند طلبها كبيرة من الكبائر و أنه يؤدي إلى فسق الشاهد، قال صلى الله عليه وسلم "من كتم شهادة إذا دعى إليها كان لمن شهد الزور"(٢)

أحوال يجوز للشاهد فيها أن يعتذر عن أداء الشهادة: -

الأصل في تحمل الشهادة أو أدائها، أن يدعي إليها الشاهد و يكون قادراً عليها بلا ضرر يلحقه أو مشقة تناله.

أما من يتضرر بتحملها أو أداءها أو يشق عليه القيام بها، فإنه يعتبر معذوراً شرعاً، لأن الشهادة تؤثر فيها الأعذار الشرعية، كما هو الحال في العبادات. و قد ذكر الفقهاء على سبيل المثال عدداً من الأعذار تبيح للشاهد ألا يذهب إلى مجلس القضاء لتأدية الشهادة، و من ذلك:

أولاً- كبر السن أو المرض و نحوهما من كل عذر مرخص في ترك الجماعة، أو كانت الشاهدة من المخدرات التي لا تسمح لها ببيتها بالبروز.(٣)
ثانياً- أن يترتب على أداء الشهادة وقوع ضرر على الشاهد سواء في بدنه كضرب أو حبس، أو عرضه كخوف امتهانه و تبذله بالتزكية، أو ماله بأخذ شيء منه أو إحراقه أو إتلافه ، إذا كان من هدهد قادراً على إيقاع الأذى به.(٤)

(١) تكملة المجموع شرح المذهب ج١٨ ص ٤٥٩.

(٢) رواه الطبراني، و انظر الزواجر عن اقتراف الكبائر لابن حجر الهيتمي ج٢ ص ١٦١.

(٣) كتاب أدب القاضي لابن أبي الدم ص ٣٥٥، نهاية المحتاج ج٨ ص ٣٠٦.

(٤) كشف القناع ج٦ ص ٤٠٠، لسان الحكام ص ٢٤٠، تكملة المجموع شرح المذهب ج١٨ ص ٥٠٣.

تبصرة الحكام ج١ ص ٢٤٨، مغني المحتاج ج٤ ص ٤٥٢.

ثالثاً - إذا كان القاضي غير عدل، لأن غير العدل قد لا يقبل شهادته و يجرحه، و ذلك إضرار به في نفسه و مجتمعه على ما ذهب إليه الحنفية و المالكية و الحنابلة. و ذهب الشافعية إلى أنه يلزم الشاهد الأداء و لو كان القاضي فاسقاً لم تصح ولايته إن تعين وصول الحق لمستحقة طريقاً له، أو عند قاض متعنت أو جائر إذا لم يخش على نفسه. (١)

رابعاً - بعد المسافة بين موضع الشاهد و موضع القاضي. يعتبر بعد المسافة عذراً يبيح للشاهد أن يمتنع عن أداء الشهادة، و غايته أن الفقهاء اختلفوا في تحديد مسافة القرب و البعد.

فعند الحنفية و الشافعية في قول و الحنابلة في رواية، يعتبر موضع القاضي قريباً للشاهد، إذا كان بحال لو حضر إلى مجلس الحكم و شهد يمكنه الرجوع إلى أهله في يومه، لأنه لا ضرر عليه حينئذ في ذلك، و إن كان لا يمكنه الرجوع، إلى أهله في يومه لا يجب عليه الحضور و يعتبر معذوراً.

و في قول للشافعية و رواية عند الحنابلة يعتبر قريباً فيما دون مسافة القصر: فأما ما فوقها فيعتبر بعيداً. (٢)

و عند المالكية يعتبر موضع القاضي قريباً، و يتعين على الشاهد الأداء إذا كان على نحو البريدين لقلة المشقة، فإن كانت المسافة أكثر من بريدين لم يجب عليه الذهاب، (٣)

(١) لسان الحكم ص ٢٤٠، نهاية المحتاج ج ٨ ص ٦٥، ٣٠٥، ٣٠٦، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٣٥٤، كشف القناع ج ٦ ص ٤٠٠، المغنى ج ١٢ ص ٤٠٣.

(٢) لسان الحكم ص ٢٤٠، نهاية المحتاج ج ٨ ص ٦٥، ٣٠٥، ٣٠٦، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٣٥٤، كشف القناع ج ٦ ص ٤٠٠، المغنى ج ١٢ ص ٤٠٣.

(٣) البريد: أميال اختلف في عددها فقليل: إنما ٣٦ كيلومتر، و قيل: إنما تعادل ١٢ ميلاً، و الميل ١٦٠٩ مترًا، المعجم الوجيز مادة ميل.

لكن ابن فرحون لم يرتض ذلك التحديد الذي لا يقوم عليه دليل، و ذهب إلى أن الأصل في ذلك المشقة و انتفاؤها. (١)

هذه هي أقوال الفقهاء في بعد المسافة و قربها، و بالنظر فيها و فيما طرأ على وسائل المواصلات ، يتبين أن ارجحها القول، بأنه إذا كان في مقدور الشاهد أن يؤدي الشهادة و يعود إلى أهله في نفس اليوم من غير مشقة تلحقه و بأي وسيلة كانت طائرة أو سيارة أو غيرهما، كان موضع القاضي قريباً من الشاهد و لا يسعه أن يتخلف، و إن تخلف و الحال هذه، كان آثماً و عاصياً و مستوجباً للعقاب الأخروي و مستولاً أمام الله تعالى عن ضياع الحق و التهاون في شأنه، لأنه امتنع عن أداء أمر مفروض عليه أدائه شرعاً ، و بخاصة أن الفقهاء قد نصوا أن الشاهد إن عجز عن المشي أو تأذى به لمرض أو كبر، أو كانت المسافة من موضعه و موضع أداة الشهادة بعيدة، أن يأخذ أجرة المواصلات و نفقة الطريق من رب الشهادة. (٢)

هذه الأعذار و ما مائلها تبيح للشاهد شرعاً ألا يذهب لأداء الشهادة أمام القضاء.

و قد دل على ذلك: قوله تعالى: "و لا يضار كاتب و لا شهيد". (٣)

أي لا يضّر صاحب الحق في الشهادة الشاهد بأن يقطعه عما يشغله أو يمنعه حاجته

(١) بصره الحكام ج٩ ص٢٤٨.

(٢) الأصل في ذلك أنه يحرم على الشاهد أن يأخذ أجراً على شهادته تحملاً أو أداء، لأن ذلك من فروض الكفاية، و فرض الكفاية إذا قام به البعض وقع فرضاً، و لا يجوز أخذ الأجرة عليه، و قد استثنى من ذلك: من عجز عن المشي أو تأذى به، أو من كانت المسافة بينه و بين مجلس القضاء بعيدة، انظر مغنى المحتاج ج٤ ص٤٥٢، بصره الحكام ج٩ ص٢٤٨ كشف القناع ج٦ ص٤٠٠.

(٣) آية رقم ٢٨٢ سورة البقرة.

أو يلحق به بسبب الشهادة أذى أو ضرراً،(١) وقد قال صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".

و لأن الشاهد لا يلزمه أن يضر نفسه ضرراً محققاً أو غالباً في ظنه لينتفع غيره.

- هل يجوز للقاضي أن يستخلف غيره لسماع الشهادة لمن قام به عذر، و هل يجوز له أن يسمع الشهادة عن طريق الدوائر التلفزيونية أو الفيديو أو غيرها من الوسائل الحديثة.

لقد نص فقهاء الشافعية على أنه إذا كان لا يجب على الشاهد عند قيام العذر به أداء الشهادة، فإن له أن يشهد على شهادته، أو يبعث القاضي من يسمعها منه دفعاً للمشقة عنه.(٢)

كما نص ابن فرحون في تبصرته على أنه إذا كانت المسافة لا يجب فيها الأداء، فإن القاضي يكتب إلى رجل من ثقته فيوقع هذا الشاهد شهادته عنده و يكتب إلى القاضي بما أدى عنده فينظر فيه.(٣)

هذه هي نصوص الفقهاء و تبعاً لها فإنه يجوز للقاضي أن يبعث إلى الشاهد عند قيام العذر به، من يثق به لسمع منه شهادته دفعاً للمشقة عنه، و على القاضي أن ينظر في هذه الشهادة و أن يزنها و يقدر قيمتها.

و مادام يجوز للقاضي شرعاً، أن يبعث إلى الشاهد عند قيام العذر به من يسمع عنه شهادته، فمن باب أولى و بمخاصة في وقتنا الحاضر، و بعد أن انتشرت المحاكم

(١) المغنى والشرح الكبير ج١٢ ص٤٠.

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ص٣٥٥، نهاية المحتاج ج٨ ص٣٠٦.

(٣) تبصرة الحكام ج١ ص٢٤٨.

و تعددت في المدينة الواحدة، أنه إذا كان للشاهد عذر يمنعه عن الحضور لأداء الشهادة أمام المحكمة و تبعاً لطبيعة القضية المعروضة عليها، فإن لها أن تنتقل لسماع شهادته، أو تندب أحد قضااتها لذلك، إذا كان الشاهد يقيم في داخل دائرة المحكمة. أما إذا كان الشاهد يقيم خارج نطاق اختصاص المحكمة فإنها تستخلف في سماع شهادته محكمة محل إقامته.

- لكن هل يعتبر في معنى ما ذكره الشافعية و ابن فرحون، أنه إذا كان للشاهد عذر يمنعه عن الحضور لأداء الشهادة أمام المحكمة لسبب صحيح، أن يؤدي شهادته عن طريق كاميرات الدوائر التلفزيونية أو عن طريق الفيديو أو غيرها مما توصلت إليه ثورة الاتصالات التكنولوجية ؟

لقد رجحنا من قبل أن الشهادة بذاتها ليست ملزمة للقاضي للحكم بموجبها، وإنما ذلك متروك لتقدير القاضي و قناعته بصدقها، و هو لا يتمكن من ذلك إلا بحضور الشاهد و مواجهته و تقديره له من حيث بيان مدى صدقه من كذبه و ثباته من اضطرابه و وضوحه من خفائه.

ذلك لأن مبدأ المواجهة مع الشاهد يمكن القاضي أو المحكمة في النهاية من وزن الأدلة و ترجيح أي دليل على الآخر، بالإضافة إلى أنه يمكن المحكمة من مواجهة الشاهد بالآخرين، سواء كان متهماً أو شاهداً.

و عند الضرورة أو وجود عذر يتعذر معه على الشاهد الحضور أمام المحكمة، فإنه يجوز للمحكمة كما ذكرنا أن تندب أحد قضاها أو تنتقل المحكمة لسؤال الشاهد. أما الإدلاء بالشهادة عن طريق الفيديو أو شريط الكاست ، فلا يصلح أن يكون واحداً منهما دليلاً يحل محل الشهادة ، لأنه من الممكن العبث بكل منهما، و من ثم لا يعول على شيء من ذلك.

أما إدلاء الشاهد لشهادته عن طريق الدائرة التلفزيونية، فيجوز لأنه يحقق مبدأ المواجهة، إذ يستطيع القاضي أو المحكمة، أن يرى الشاهد أمامه و أن يواجهه بما يريد من أسئلة و أن يقرأ ما في عين الشاهد و تستطيع المحكمة أن تبين مدى صدقه أو كذبه. و تستطيع المحكمة أيضاً أن تواجهه بأشخاص آخرين أو غير ذلك مما تراه المحكمة منتجاً في الدعوى.

و غايته أن الإدلاء بالشهادة عن طريق هذه الدائرة، ينبغي ألا يلجأ إليه إلا في القضايا ذات الحساسية المفرطة، و التي من شأن المواجهة الشخصية فيها أن تؤثر سلباً على سير الدعوى، و الله أعلم.

(ب) أداء الشهادة في حقوق الله تعالى: -

حقوق الله تعالى، إما أن تكون حدوداً خالصة، و إما أن تكون غيرها من سائر الحقوق فإن كانت حدوداً خالصة، كان الشاهد مخيراً فيها بين الستر و الإظهار، لأنه بين حسبتين: حسبة إقامة الحد، و حسبة التوقي عن الفتك و لكن الستر أفضل و أبر و أولى صيانة لعرض المسلم (١)، و لأن الحد حق الله تعالى و حق الله مبني على المسامحة و لا ضرر في تركه على أحد، و لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه البخاري و مسلم: "من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا و الآخرة" (٢). و لقوله عليه أفضل الصلاة و السلام لهذا في ماعز: "لو سترته بثوبك كان خيراً لك" (٣). ففي

(١) حسبة التوقي عن الفتك في ربة المندوب، و إذا كانت الشهادة بالحد خلاف الأولى التي مرجعها إلى كراهة التزيب. لكن هذا الحكم فيمن لم يعد الزنا أو الشرب و لم يتهنك به، تكملة رد المختار على الدور المختار جـ ٧ ص ٧٠.

(٢) صحيح البخاري بحاشية السندي جـ ٢ ص ٤٤، صحيح مسلم شرح النووي جـ ١٧ ص ٢١.

(٣) هو هذا الذي حمل ماعزاً على الاعتراف عند النبي (ص)، فقد قال له: بادرا لي رسول الله قبل أن يتول فيك قرآن، نصب الراية للزيعلي جـ ٤ ص ٧٥، مجمع الأفر جـ ١ ص ٥٩٥.

هذين الحديثين و ما في معناهما، حث للمسلم على الستر و كتم الفاحشة و عدم إشاعتها، حتى أنه يجوز للقاضي أن يعرض للشهود بالتوقف عن الشهادة في الحدود، و يعرض للمقر بجد أن يرجع عن إقراره، فقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أتى بسارق قال له: ما أخا له سرق ، و أعرض عن المقر بالزنا حتى أقر أربعاً و سأله عن حاله سترأ له و كفى به صلى الله عليه وسلم قدوة.

و أما قوله تعالى: "و لا تكتموا الشهادة و من يكتمها فإنه آثم قلبه" فانها كما يقول العلماء في حقوق العباد بدليل قوله تعالى: "ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا". و ذلك حتى لا تفوت حقوق المحتاجين إليها المأمورين بصيانتها و المحافظة عليها، بخلاف الحدود فإنه لا مدعى فيها و لا خوف من فواتها مع الأمر بصيانة أعراض المسلمين و كرامتهم، أو لأن الآية من العام المخصوص بأحاديث الستر التي تعددت متونها و تلقتها الأمة بالقبول.

و توفيقاً بين إحياء الحق و رعاية الستر، فالأولى لشاهد السرقة كما يقول الحنفية: أن يقول : أخذ المال لا سرق، لأن الأخذ أعم من كونه غصباً أو على ادعاء أنه ملكه مودعاً عند المأخوذ منه، و من ثم لا تستلزم الشهادة بالأخذ مطلقاً ثبوت الحد بها، و إنما إحياء حق المأخوذ منه فقط ، و بهذا يكون الشاهد قد جمع بين الستر و الإظهار و صان يد السارق عن القطع.(١)

هذا و إذا كان الأولى للشاهد الستر في الحدود ، إلا أنه يجوز له أن يشهد بها إقامة للحسبة لما في شهادته من إزالة الفساد أو تقليلة، و لا يعارضه قوله

(١) انظر فيما تقدم: تكملة رد المختار ج٧ ص٧١، تكملة المجموع ج١٨ ص٣٠٣، بصرة الحكام ج١

١ ص٢٤٦، كشاف القناع ج٦ ص٤٠١ المغنى و الشرح ج١٢ ص١٠٠، ٦٢٥. الانصاف

ج١٢ ص٨٢٧، الروض المربع ج٧ ص٥٨٤.

تعالى: "إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم" لأن مقصود الشاهد إزالة المفاصل لا إشاعة الفاحشة.

و على ما ذهب إليه الظاهرية : فإنه و ان كان يستحب للشاهد أن يستر على مرتكب الحد، إلا أنه يجب أن يؤدي الشهادة في حالتين:

الحالة الأولى: - أن يسأل عن تلك الشهادة ، فإذا سئل عنها وجبت عليه إقامتها و لم يحل له كتمانها لقوله تعالى: "و لا يأب الشهداء إذا ما دعوا".

الحالة الثانية: - أن ينسب الحد إلى إنسان دون وجه حق و يكون أداء الشاهد لشهادته مانعاً من إقامة الحد عليه، كما لو شهد ثلاثة على شخص بالزنا ، فطالب المشهود عليه بمحدهم حد القذف، و كان هناك شاهد رابع قد اطلع على زنا المشهود عليه، فيجب عليه أداء الشهادة دفعاً لحد القذف عن الشهود.(١)

و تكون الشهادة في أسباب الحدود أولى من تركها في حق المتعود عليها و المتهتك بها و غير المبالي بارتكابها و اشاعتها ، لأن مقصود الشارع إخلاء الأرض من المعاصي و الفواحش، و إقامة الحد على هؤلاء المستهترين و المشيعين للفاحشة يؤدي إلى تحقيق غرض الشارع و قصده ، بخلاف من يرتكب سبباً من أسباب الحدود مستتراً متخوفاً متندماً ، فإنه محل استجاب ستر الشاهد، لقوله صلى الله عليه وسلم لهذا: لو كنت سترته بثوبك كان خيراً لك".

هذا هو حكم أداء الشهادة فيما كان من حقوق الله حداً خالصاً.

أما ماعدا الحدود من سائر حقوق الله تعالى ، فإن الشهادة تكون واجبة الأداء، و على الشاهد أن يقيمها و يتبادر إلى أدائها حماية لحق الله تعالى و منعاً من انتهاك حرمة كما في الشهادة على الطلاق و الرضاع و الوقف و الخلع و الإيلاء و غيرها من كل ما (١) الخلي ج ٣ ص ٤٩ المسألة ٢١٧٩.

يؤدي إلى التحريم ، و في هذا جاء قوله صلى الله عليه وسلم: "ألا أخبركم بخير الشهود الذي يأتي الشهادة قبل أن يسألها" فهذا الحديث كما يقول العلماء: محمول على شهادة الحسبة و ذلك في غير حقوق العباد.

و إذا كان العلماء قد حملوا الحديث على شهادة الحسبة، فإنهم كذلك حملوه على معنيين آخرين:-

أحدهما - أنه محمول على من عنده شهادة لإنسان بحق و لا يعلم ذلك الإنسان أنه شاهد، فيأتي إليه فيخبره بأنه شاهد له.

ثانيهما - أنه محمول على المجاز و المبالغة في أداء الشهادة بعد طلبها لا قبله، كما يقال: الجواد يعطي قبل السؤال (١).

توقف أداء الشهادة على الطلب:

أداء الشاهد لشهادته أمام المحاكم، إما أن يكون في حق من حقوق الآدميين، و إما أن يكون في حق من حقوق الله تعالى:-

١- فإن كان في حق من حقوق الآدميين و كان هذا الآدمي معيناً. كما في الحقوق

المالية و النكاح و غيره من العقود أو العقوبات كالقصاص و حد القذف

و الوقف على آدمي معين، فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى و طلب

صاحب الحق، لأن الشهادة في كل ذلك حق لآدمي، فلا يستوفي إلا بعد

مطالبته و إذنه، قال تعالى: "و لا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا"، فقد علقت الآية

الكرامة أداء الشهادة على الدعوة و الطلب. و قال صلى الله عليه وسلم فيما

رواه البخاري و مسلم: "خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم يأتي قوم يندرون

و لا يوفون و يشهدون و لا يستشهدون و يخونون و لا يؤتمنون" دل

(١) انظر شرح صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٢ ص ١٧.

الحديث صراحة على ذم الذين يؤدون الشهادة قبل الطلب، مما يدل على استنكار ذلك و النهي عنه" (١)، و لأن الشهادة حجة على الدعوى و دليل لها فلا يجوز تقديمها عليها.

و أما قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه مسلم : "ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها" فهو محمول على من عنده شهادة و لا يعلمها صاحب الحق.

و من هنا نص الفقهاء، على أن أداء الشهادة من حقوق العباد، يكون واجب على الشاهد من غير دعوة صاحب الحق، إذا علم أن الحادثة لم يشاهدها غيره إحياء للحق و عليه أن يعلم صاحب الحق بشهادته، و لأن أداء الشهادة في حقوق الآدميين من غير دعوة صاحب الحق و إن كان مسكوتاً عنه في قوله تعالى: "و لا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا" إلا أن كل عارف باللغة العربية يدرك أن المعنى الذي كان من أجله نهى الشهداء عن عدم الأداء عند الطلب، كان من أجل إحياء الحق و عدم ضياعه، و هذا المعنى موجود قطعاً فيمن لم يشاهد الحادثة غيره. (٢).

٢- أما إذا كان أداء الشهادة في حق لآدمي غير معين، كالوقوف على الفقراء و المساكين أو جميع المسلمين أو على مسجد أو سقاية أو مقبرة مسيلة أو الوصية بشيء من ذلك و نحو هذا، أو ما كان حقاً لله تعالى كطلاق المرأة

(١) سبل الإسلام ج٤ ص١٢٦.

(٢) قوله تعالى: "و لا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا" دل بعبارة و هي ما سقت له الآية أصالة على وجوب أداء الشهادة عن الطلب إحياء للحق، و دل بلالة النص (ثبوت حكم المنطوق للمسكوت) على وجوب الشهادة إذا علم الشاهد أنه لم ير الحادثة غيره.

و هلال رمضان والنسب و الخلع و الإيلاء و الظهار و المصاهرة و الرضاع و الحدود في غير حد السرقة^(١) أو الزكاة أو الكفارة، فلا تفتقر الشهادة به إلى تقدم الدعوى، لأن ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه و يطلب به، لأنها شهادة حسبة، و لأن حق الله تعالى يجب على كل أحد القيام بإثباته لأنه حق عام يتعلق به حق جميع الناس، و الشاهد من جملة من عليه ذلك، فكان قائماً بالخصوصية من جهة الوجوب و شاهداً من جهة تحمل ذلك، فلم يحتاج إلى خصم آخر، و لذلك شهد أبو يكرة و أصابه من المغيرة، و شهد الجارود و أبو هريرة على قدامة بن مظعون يشرب الخمر من غير تقدم دعوى، فأجيزت شهادتهم.

و بعض الفقهاء جعل القائم بالخصومة في شهادة الحسبة هو القاضي.^(٢)

المبحث الثالث

شروط الشهادة و فيه مطالب

شروط الشهادة منها شروط خاصة بالشهادة في التحمل و الأداء، و منها شروط خاصة بالمشهود به.

المطلب الأول

شروط تحمل لشهادة

يشترط فيمن يتحمل الشهادة شرطان، أحدهما متفق عليه و الثاني فيه خلاف في بعض جزئياته.

(١) استشرط لدعوى في السرقة، لإظهار أن المسروق ليس ملكاً للمسارق، و لا يظهر ذلك إلا بالدعوى.

(٢) المغنى و الشرح جـ ١٢ ص ٩٨، ٩٩، تكملة رد المختار على الدر المختار جـ ٧ ص ٦٨، ٦٩، كشاف

القناع جـ ٦ ص ٤٠٩.

الشرط الأول: أن يكون عاقلاً:-

فلا يصح تحمل الشهادة من مجنون أو صبي لا يعقل، لأن ضبط المشهود عليه لا يتأتى إلا بالعقل، و كلاً من المجنون و الصبي لا عقل له.
و يقصد بالضبط، حسن السماع و الفهم و الحفظ إلى وقت الأداء.

الشرط الثاني: البصر:-

لا خلاف بين الفقهاء على أن الشهادة إذا كانت على فعل كالغصب و الاتلاف و الزنا و شرب الخمر و سائر الأفعال التي لا تدرك إلا بالعين، أو على صفة مرئية كالعيوب في المبيع و نحوها، أنه يشترط فيمن يتحملها أن يكون بصيراً، لأن مدرك الأفعال و الصفات: الرؤية و المشاهدة بالعين، و الأعمى لا يتصور منه ذلك، فلا يصح تحمله لعدم مشاهدته لما يشهد به.

أما إذا كانت الشهادة على قول كالبيع و النكاح و الطلاق و الاقرار، فعلى ما ذهب إليه الحنفية و الشافعية، يشترط في المتحمل أن يكون بصيراً، فإن كان أعمى لم يصح تحمله، لأن التحمل في الأقوال لا يصح إلا بسماع القول و مشاهدة القائل، و ذلك لا يحصل إلا بالبصر، و لأن الأصوات تتشابه و في إمكان كل شخص أن يتصنعها و يحاكي صوت غيره، و الأعمى و إن أدرك الأشخاص لكنه لا يميز بينها و غايته أن الشافعية استثنوا من عدم صحة شهادة الأعمى في التحمل صورة الضبط، و هي أن يقر شخص في أذن الأعمى بنحو طلاق أو مال لشخص معروف الاسم و النسب، فيتعلق به الأعمى و يضبطه و لا يتركه حتى يشهد عليه بما سمعه منه عند

(١) المغنى ج١٢ ص٤٢٧، ٢٩٩، تكملة رد المختار ج٧ ص٦٣، نهاية المحتاج ج٨ ص٢٩٩، الإنصاف

ج١٢ ص٦١، تبصرة الحكام ج١ ص٢٤٢ و ج٢ ص٨٧.

القاضي على الصحيح من المذهب لحصول العلم بأنه المشهود عليه. (١)
و ذهب المالكية في المشهور و الحنابلة في الصحيح، إلى صحة تحمل الأعمى على
الأقوال إذا عرف المتعاقدين و تيقن كلاهما، لأن الشاهد على الأقوال لا يحتاج إلا إلى
أن يسمع كلام المتعاقدين و لا تعتبر رؤية المتعاقدين إذا عرفهما و تيقن صوتهما، و من ثم
تجوز شهادته عليهما كما لو رآهما.

و جواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور، و قد يحصل العلم بالسماع يقيناً.
و الشارع قد اعتبر السماع من الأعمى و ذلك بتجويزه روايته من غير رؤية.
و الراجح ما ذهب إليه المالكية و الحنابلة و هو صحة تحمل الأعمى في الأقوال إذا تيقن
الصوت و علم المشهود عليه يقيناً لرجحان أدلته، و لأن قول الله تعالى: "و استشهدوا
شهيدين من رجالكم" عام لم يخص بالبصير، و الأعمى رجل عدل مقبول الرواية فيقبل
تحمله فيما هو أهل له.

ولأن السمع أحد الخواس التي يحصل بها اليقين، و قد يكون المشهود عليه ممن ألفه
الأعمى و كثرت صحبته له و عرف صوته يقيناً، فيجب أن يقبل تحمله فيما تيقنه
كالبصير، لأن للسمع قيافة كقيافة البصر.

و بناء على هذا الراجح، فإنه يشترط فيمن يحمل الشهادة أن يكون عاقلاً على
علم بما يشهد به.

و يحصل للشاهد العلم بالرؤية فيما كان مدركه المشاهدة بالعين، أو السماع إذا
علم الشاهد المشهود عليه يقيناً و تيقن صوته، أو الاستفاضة فيما يتعذر علمه بدونها
كما في النسب و الموت، لأن مبنى هذه الأشياء على الاشتهار، فقامت الشهرة

(١) معنى المحتاج جـ ٤ ص ٢٧، ٤٤٦، نهاية المحتاج رجع سابق، تكملة رد المختار مرجع سابق.

و الاستفاضة فيها مقام المعاينة و المشاهدة.

و على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فأن الشهادة فيها تقبل من البصير و الأعمى، لأن طريق العلم بما يثبت بالشهرة السماع و الأعمى كالبصير فيه. (١)
و ذهب أبو حنيفة إلى عدم قبول شهادته، لأنه لا يمكنه التمييز بين الأشخاص. (٢)
هذا و لا يشترط للتحمل: البلوغ و الحرية و الإسلام و العدالة، حتى لو كان وقت التحمل صبيّاً عاقلاً أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً ثم بلغ صبي و عتق العبد و أسلم الكافر و تاب الفاسق، فشهدوا عند القاضي تقبل شهادتهم، قال في المغنى بغير خلاف نعلمه. (٣)
يقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: تجوز شهادة الكافر و الصبي و العبد إذا لم يقوموا بها في حالهم تلك، و شهدوا بها بعدما يسلم الكافر و يكبر الصبي و يعتق العبد، إذا كانوا حين يشهدون عدولاً. (٤)

إعادة الشهادة بعد ردها:—

أما لو شهد الصبي العاقل أمام القاضي أو العبد أو الكافر أو الفاسق، فرد القاضي شهادتهم، لعدم البلوغ أو الحرية أو الإسلام أو العدالة، ثم بلغ الصبي و عتق العبد و أسلم الكافر و تاب الفاسق و أصلح، و أعاد كل منهم شهادته أمام القاضي، فهل يقبل شهادتهم أم لا يقبلها؟

للفقهاء في ذلك ثلاثة أقوال:—

(١) قيد الشافعية بقول شهادة الأعمى بما يثبت بالتسامع بما إذا كان لا يحتاج إلى تعيين و اشارة، و ذلك بأن

يكون الرجل مشهوراً بإسمة و صفته، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٤٦.

(٢) معين الحكام ص ٧٠، لسان الحكام ص ٢٤٣.

(٣) المغنى جـ ١٢ ص ٨٤.

(٤) المصنف لعبد الرازق جـ ٨ ص ٣٤٨.

القول الأول:

تقبل شهادتهم فيما عدا الفاسق الذي تاب فلا تقبل شهادته.

ذهب إلى ذلك جهود الفقهاء. (١)

القول الثاني: لا تقبل شهادتهم جميعاً: -

ذهب إلى ذلك المالكية. (٢)

القول الثالث: تقبل شهادتهم بما فيهم الفاسق الذي تاب: -

ذهب إلى ذلك: أبو ثور و المزني و داود. (٣)

استدل جمهور الفقهاء على أن القاضي يقبل شهادتهم فيما عدا الفاسق الذي تاب، بان الفاسق التائب متهم في أداء الشهادة، لما لحقه من العار بسبب رد شهادته، فلا يؤمن أن يظهر التوبة لإزالة العار، فلا تنفك شهادته عن التهمة، و المتهم لا تقبل شهادته. و لأن رد شهادة الفاسق كان بالإجتهد، لأن الفسق يخفي فيحتاج في معرفته و الوقوف عليه إلى بحث و اجتهد فلا تقبل مرة ثانية بالاجتهاد و إلا أدى ذلك إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد.

بخلاف ما اذا ردت شهادة كافر لكفره أو صبي لصغره أو عبد لرقه، ثم اسلم الكافر و بلغ الصبي و عتق العبد و اعادوا تلك الشهادة، فانها تقبل و لا ترد لأنها لم ترد أو لا بالاجتهاد و انما ردت باليقين.

و لأن البلوغ و الحرية ليس من فعل الشاهد حتى يتهم في انه فعلها لتقبل شهادته، و الكافر لا يرى في كفره غصاصة و لا يترك دينه من أجل شهادة ردت عليه.

(١) تكملة رد اختار جـ ٧ ص ٦٣، ٨٠، ١٢٥، المغني جـ ١٢ ص ٨٤، مغني الختار جـ ٤ ص ٤٣٨.

(٢) المدونة جـ ٥ ص ١٥٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٧٢، ١٧٣، بصرة الحكام جـ ١ ص ٣٠١.

(٣) المغني جـ ١٢ ص ٨٤.

و لأن رد شهادتهم كان بسبب لا عار فيه، فلم يكن واحد منهم متهماً في قصد نفي العار بإعادتها بخلاف الفسق. (١)

و استدل المالكية على عدم قبول شهادة أحد منهم بعد ردها، بأن كل واحد منهم متهم بالحرص على قبول شهادته عند زوال المانع، لما جبل عليه الطبع البشري من دفع المعرة الحاصلة بالرد، و المتهم لا تقبل شهادته.

و لأن حاكماً رد هذه الشهادة قبل ذلك، فلا تقبل بعد ذلك. (٢)

و استدل ابو ثور و المزني على قبول شهادة الصبي و الكافر و العبد بعد ردها بما استدل به جمهور الفقهاء.

و استدلل على قبول شهادة الفاسق اذا تاب بعد ردها أو لا لنفسه، بأن رد شهادة الفاسق إنما كان لمانع و قد زال، قال صلى الله عليه وسلم: "التائب من الذنب كمن لا ذنب له"، و لأن شهادة الكافر تقبل بمجرد الإسلام، فلأن تقبل شهادة الفاسق بمجرد التوبة بطريق الأولى.

يقول ابن المنذر: ان النظر يرجح ما قال به الظاهرية و ابو ثور و المزني الشافعيان، لأنها شهادة عدل فتقبل، كما لو شهد و هو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد إسلامه. (٣)

(١) المغنى جـ ١٢ ص ٨٢، شرح الزركشي جـ ٧ ص ٣٥٩، تكملة رد مختار جـ ٧ ص ١٢٥، تكملة المجموع

شرح الملهذ جـ ١٨ ص ٤٧٣، الإنصاف جـ ١٢ ص ٧٥.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٧٢، ١٧٣.

(٣) بصره الحكام جـ ١ ص ٢٤٣.

المطلب الثاني

في

شهادة المستخفي

المختفي أو المستخفي، هو من يختفي و يجلس في مكان وراء حائط أو ستار لا يراه فيه المشهود عليه، لسمع اقراره و يتحمل الشهادة عليه ليؤديها أمام القضاء عند الحاجة.

و لا خلاف بين الفقهاء على أن الشاهد ينبغي له أن يرفع نفسه عن أن يختفي ليشهد، لأن ذلك ليس مندوباً في حقه و لا افترض عليه، فان فعل فقد فعل ما لا يليق بالفضلاء و لا يختاره أصحاب الهمم العالية.

و قد اختلف الفقهاء في قبول شهادته و عدم قبولها على قولين:

القول الأول: أن شهادته لا تقبل:-

ذهب إلى ذلك: المالكية في قول و الحنابلة في رواية. (١)

القول الثاني: أن شهادته تقبل:-

ذهب إلى ذلك الحنفية و الشافعية و المالكية في القول الصحيح الذي يجري عليه العمل و الحنابلة في الرواية المشهورة. (٢)

استدل القائلون بعدم قبول شهادته بالقرآن و السنة و المعقول.

أما القرآن، فقوله تعالى: "و لا تجسسوا" و الاختباء نوع من التجسس المنهى عنه فلا يجوز.

(١) تبصرة الأحكام ج١ ص٤٦٣، ٤٦٤، المدونة للإمام مالك ج٥ ص١٣٢، ١٣٣، المغني ج٩ ص٢١٧.

(٢) المغني ج١٢ ص١٠١، مغني المحتاج ج٤ ص٤٣٧، المدونة ج٥ ص١٣٢، ١٣٣، الاختيار لتعليل المختار ج٢ ص١٤٣.

و أما السنة، فقولہ صلی اللہ علیہ وسلم: "من حدث بحديث ثم التفت فهي أمانة".
دل الحديث على أنه لا يجوز لمن سمع حديثاً دون أن يستشهد عليه، أن يذكره
و لا أن يشهد به، لأنه صار أمانة في حقه فلا يجوز له كشفه.

و أما المعقول، فهو أن المختبيء قد لا يحيط بالشهادة علماً مما كان بين المقر و المقر
له، فقد يسمع جواب المقر لسؤال المقر له، و لعل المقر له قال له في السر: ما الذي لي
عندك ان جئت بكذا، فيقول المقر: لك عندي كذا، و المختبيء لم يسمع إلا جواب
المقر على سؤال المقر له الذي لا صلة له بشغل ذمته بدين له عليه، فتكون الشهادة
عليه حينئذ شهادة على غير علم، و الشهادة على غير علم لا تصح.
و استدل القائلون بقبول شهادته، بأن الشاهدين شهدا بما سمعاه يقيناً و هما عدلان،
فتقبل شهادتهما كما لو علما بما.

و لأن الحاجة قد تدعوا لذلك، و بخاصة إذا كان المشهود عليه فاجراً أو خائناً
أو جاحداً للحق، و لا سبيل إلى الوصول إلى الحق إلا بهذه الوسيلة.
و الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لما قالوه، و لأن الشاهدين إذا أحاطا علماً
بما سمعا و شهدا به، كان ذلك من نصر المسلم - نصر للمقر على نفسه الأمانة بالسوء
و نصر للمسلم صاحب الحق في استخلاص حقه.

و غايته إنه لا يحل للشهود الشهادة في هذه الحال، إلا إذا كانوا يرون وجه المقر
و يعرفونه لاحتمال أن يكون غيره، لأن النعمة تشبه النعمة. و في حال عدم التمكن من
رؤية وجهه فيكفي علمهم أنه ليس في المكان غيره، و الحكم كذلك إذا سمعوا صوت
امرأة من وراء حجاب، و يسن للشاهدين في هذه الحالة كما يقول الشافعية: أن يجبرا
المشهود عليه بأنهما شهدا عليه، لئلا يبادر إلى تكذيبهما فيعذرهما القاضي. (١)

(١) الاختيار لعليل المختار جـ ٢ ص ١٤٣، مجمع الأثر شرح ملتقى الأبحر جـ ٢ ص ١٩١.

و أما ما استدل به القائلون بعدم قبول شهادة المختبيء، فيجواب عليه بما يأتي:
أولاً: قوله تعالى: "ولا تجسسوا" هو نهي عن التجسس الذي هو تتبع عورات الناس
و استكشاف ما ستروه من خصوصيات، فهذه التي لا يحل التجسس عليها أو تتبعها
و استكشافها، أما هذا التجسس فغير ممنوع منه للحاجة الداعية. (١)

ثانياً: قوله صلى الله عليه وسلم: "من حدث بحديث ثم إلتفت فهي أمانة" فإنه و إن كان
أمراً بكتمان السر، إلا أن الإختباء لسماع اقرار أو اعتراف ، لا يعتبر سراً حتى يجب
كتمه على صاحبه و عدم اعلانه، لأن السر الذي يجب كتمه على صاحبه و عدم اعلانه
هو ما يصل اليه الشخص من معلومات أو وقائع تتعلق بجرمة الحياة الخاصة بانسان
آخر، متى كان من شأنها أن تمس شرفه أو اعتباره بين الناس.

أما هذا التسمع فقد قصد به احياء الحق و دفع الضرر فلا يتناوله الحديث.
ثالثاً: و أما استدلوها به من المعقول، فمبناه على الاحتمال، و الأحكام الشرعية لا تبنى
على الاحتمالات، و إنما تبنى على اليقين أو الظن الغالب: و الله أعلم.

المطلب الثالث

في

شروط أداء الشهادة (٢)

أداء الشهادة كما سبق أن ذكرنا شرطه أن يكون في مجلس القضاء، و أن يكون
الشاهد صالحاً لأدائها، و لذلك اهتم الفقهاء بالشاهد و ما يجب أن يتوافر فيه من
شروط على اختلاف فيما بينهم في بعض هذه الشروط، و فيما يلي بيان هذه الشروط

(١) شرح الزركشي ج ٧ ص ٣٦٨.

(٢) الأداء: هو الإدلاء بما يعرفه الشاهد أمام القاضي.

في فروع متالية:

الفرع الأول

في

شرط العقل

يشترط في الشاهد أن يكون عاقلاً، فلا يصح أن يكون مجنوناً أو معتوهاً أو صبيّاً غير عاقل، لأن مبنى الشهادة على الانضباط والتمييز، ومن لا عقل له لا قدرة له على الانضباط أو التمييز وكلامه لغو لا حكم له، وقد رفع الله تعالى عنه الإثم إذا أخطأ لعدم ادراكه، قال صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق".
ولأنه غير مقبول القول في حق نفسه ففي حق غيره أولى.

الفرع الثاني

في

البلوغ

يشترط في الشاهد أن يكون بالغاً - فلا يصح أن يكون شاهد الأداء صبيّاً عاقلاً، لأن الشهادة من باب الولاية، ولا ولاية للصبي العاقل على نفسه، فمن باب أولى لا ولاية له على غيره.
وإنما قبلت شهادته على التحمل، لأن شرطها الضبط والصبي العاقل أهل له، لكنه ليس أهلاً لأداء الشهادة في مجلس الحكم، لأن الله تعالى يقول: "ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا" فهي للشهداء عن عدم الامتناع عند الدعوة إلى الشهادة، والنهي خطاب موجه إلى المكلفين والصبي وإن كان عاقلاً لكنه غير مكلف.

يقول ابن العربي: وإنما أمر الله تعالى باشهاد البالغ، لأنه الذي يصح أن يؤدي الآن الشهادة، فأما الصغير فيحفظ الشهادة، فإذا أداها وهو رجل جازت ولا خلاف فيه. (١)

شهادة الصبيان على بعض

لا نزاع كما ذكرنا أن الصبي العاقل لا يصح منه الأداء على غيره من البالغين قبل بلوغه، كما لا نزاع في أنه لا يصح منه الأداء على صبي مثله في الأموال. وعلى ذلك: فلا تقبل شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الأموال قبل البلوغ. لأن الحقوق المالية يحضرها الرجال الكبار ولا يحضرها الصبيان عادة، فلم تكن هناك ضرورة لشهادتهم. أما شهادة الصبيان بعضهم على بعض في القتل والجراح التي تحدث بينهم، كما لو كان الصبيان تلاميذ في مدرسة ابتدائية أو مجموعة تلعب معاً في أحد الأندية الرياضية وحدث بينهم شجار ونزاع أدى إلى قتل أحدهم أو جرحه، بعيداً عن أعين المشرفين على المدرسة، وبعيداً عن أنظار المارة أو المتواجدين هنا أو هناك، فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لا تقبل شهادتهم لأن من شرط أداء الشهادة العدالة ومن شرط العدالة البلوغ، المدلول عليه في قوله تعالى: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين، فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء". والصبي لا يطلق عليه رجل، لأن الرجل هو من بلغ وجاوز حد الصغر. ولأن الشهادة ولاية، ولا ولاية للصبي على نفسه، فغيره من باب أولى، فلا تقبل شهادته ولو لصبي مثله أو على صبي. (٢)

(١) أحكام القرآن لابن العربي ج١ ص ١٠٦.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج٢ ص ٤٥٢، تبصرة الحكام ج٢ ص ٢٣، ٢٤، المغنى ج٢١ ص ٢٧،

٢٨، المتقى شرح الموطأ ج٥ ص ٢٢٩، كشف القناع ج٦ ص ٤١١.

و ذهب الإمام مالك و الحنابلة في رواية و ابن أبي ليلي و بعض التابعين، إلى قبول شهادة الصبيان فيما يقع بينهم من القتل و لجراحات ما لم يتفرقوا. (١)

يقول الإمام مالك: الأمر المجمع عليه عندنا، أن شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح و لا تجوز على غيرهم، و تجوز شهادتهم كذلك على القتل على ما رواه ابن القاسم عن الإمام مالك، لأن شهادتهم إنما أجازت للاحتياط للدماء، و الاحتياط للنفس أعظم من الاحتياط للجراح. (٢)

و قد استدلل أصحاب هذه القول، بما أخرجه مالك في الموطأ عن هشام ابن عروة رضي الله عنه قال: كان عبد الله بن الزبير يقضي بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح، و أن ابن الزبير كان يميزها إذا جيء بهم في حال نزول النازلة. (٣)

قال ابن ملكية فأخذ القضاء بقول ابن الزبير و عملوا به، لأن العمل به مما تدعوا إليه الحاجة و إلا ضاعت حقوق كثيرة تحصل بينهم ليس غيرهم يحضرها.

كذلك صح عن مسروق أنه قال: عمل على رضي الله عنه بشهادة الصبيان و لم يردّها، و كان شريح يميز شهادة الصبيان بعضهم على بعض.

و لأن الدماء يجب الاحتياط لها، و الصبيان في غالب أحوالهم ينفردون في ملاعبهم حتى لا يكاد أن يخالطهم غيرهم، و يجري بينهم من اللعب و الترامي ما قد يكون سبباً للقتل و الجراح، فلو لم يقبل منهم إلا الكبار و أهل العدل، لأدى ذلك إلى هدر دمائهم و جراحهم. (٤)

(١) و هو ما ذهب إليه أهل المدينة، و به قال علي بن أبي طالب، كما قال به من التابعين: سعيد بن المسيب و عروة بن الزبير و عمر بن عبد العزيز و شريح و غيرهم، المراجع السابقة.

(٢) المنتقى شرح الموطأ ج ٥ ص ٢٣٢.

(٣) جامع الأصول في احاديث الرسول ج ١٠ ص ١٩٣.

(٤) المنتقى شرح الموطأ ج ٥ ص ٢٢٩، و المراجع السابقة.

هذه هي أقوال الفقهاء و أدلتهم في شهادة الصبيان بعضهم على بعض فيما يقع بينهم من القتل و الجراحات و التي لا يشاهدها سواهم.

و بالتأمل فيهما يتبين أن أرجحها هو القول: بقبول شهادة الصبيان بعضهم على بعض فيما يقع بينهم من القتل و الجراحات إذا تحققت شروط هذه الشهادة، لأن كثيراً ما يؤدي اجتماع الصبيان معاً إلى وقوع مشاجرات و مصادمات فيما بينهم، و يترتب عليها جرح أحدهم أو قتله، فإذا لم يؤخذ بشهادتهم على بعضهم، ضاعت الحقوق و أهدرت الدماء ، و ذلك ظلم لا ترضاه الشريعة العادلة و لا تقره. يقول ابن القيم في أعلاه الموقعين: اتفق العلماء في أن مواضع الحاجات يقبل فيها من الشهادة ما لا يقبل في غيرها من حيث الجملة. و إن تنازعوا في بعض التفاصيل و على ذلك: عمل الصحابة و فقهاء المدينة بشهادة الصبيان على تجارح بعضهم بعضاً، فإن الرجال لا يحضرون معهم في لعبهم، و لو لم تقبل شهادتهم لضاعت الحقوق و تعطلت و أهملت مع غلبة الظن أو القطع بصدقهم، و لاسيما إذا جاءوا مجتمعين قبل تفرقهم و رجوعهم إلى بيوتهم و تواطئوا على خبر واحد و فرقوا وقت الأداء و اتفقت كلمتهم، فإن الظن الحاصل حينئذ من شهادتهم أقوى بكثير من الظن الحاصل من شهادة، رجلين، و هذا مما لا يمكن دفعه و جحده...

فلا نظن بالشريعة الكاملة الفاضلة المنظمة لمصالح العباد.. أنها تهمل مثل هذا الحق و تضعه مع ظهور أدلته و قوتها. (١)

شروط قبول شهادة الصبيان:-

لما كانت شهادة الصبيان بعضهم على بعض في القتل و الجراح للضرورة، و لما (١) اعلام المواقين ج١ ص ٩٧.

كانت الضرورة تقدر بقدرها و لا تعدو موضعها، وضع القائلون بجواز شهادتهم شروطاً كثيرة لقبول هذه الشهادة، من شأنها إذا روعيت، أن تؤدي إلى القطع أو الظن الغالب في صدق ما شهدوا به و هذه هي شروط قبول شهادتهم.

- (١) أن يكون الصبي حراً، فلا تصح شهادة الصبي إذا كان عبداً.
- (٢) أن يكون مسلماً، فلا تصح شهادة الصبي إذا كان غير مسلم.
- (٣) أن يكون مميزاً، فلا تصح شهادة غير المميز، لأنه لا يضبط ما يقول، و اشترط بعض فقهاء المالكية أن يكون ابن عشر سنين، و نقله ابن هانيء من الحنابلة. لأن من كانت سنه أقل من عشر سنين لا يثبت على كلام.
- (٤) أن يكون ذكراً، فلا تصح شهادة الأنثى، حتى لو تعددت الإناث و كثرن، و لو كان معهن ذكر لأن الضرورة. إنما تدعو إلى ما يكثر و يتكرر دون ما يقل و يندر، و حضور الإناث مع الذكور منهم يقل لاسيما في المواضع التي يقبل منهم مثل هذا، فلذلك لم تدع الضرورة إلى قبول شهادتهم. و قد روى عن مالك رحمه الله: جواز قبول شهادة إناث الأحرار، اعتباراً بالبالغات فيما انفردن بحضوره كالذكور، و قبول شهادتهم مع الذكور أولى بالقبول.
- (٥) أن يكونا اثنين فأكثر، سواء كانا صبيين أو صيماً و صبيتين.
- (٦) أن تكون الشهادة قبل تفرقهم و تخبتهم ، فلا تصح شهادتهم لو تفرقوا أو اختبوا، لأن التفرقة مظنة التلقين عن الكبار لما يشهدون به، إلا إذا شهد رجال عدول على ما نطق به الصبيان قبل تفرقهم ثم تفرقوا، ففي هذه الحال تقبل شهادتهم.

- (٧) أن تكون شهادتهم متفقة غير مختلفة، فإن اختلفوا بأن قال شاهدان: قتله فلان و قال شاهدان: بل فلان، لم تقبل شهادتهم للتهاتر.
- (٨) ألا يكون قد حضر بينهم شخص بالغ وقت القتل أو الجرح، فإن حضر بالغ وقت القتل أو حضر بعده، بحيث أمكن تعليمهم و تلقينهم، لم تقبل شهادتهم. سواء أكان البالغ ذكراً أم أنثى حراً أم عبداً مسلماً أم كافراً واحداً أم متعدداً.
- (٩) أن تكون شهادة الصبيان بعضهم لبعض أو على بعض، فلا تصح شهادتهم بأن كبيراً هو الذي قتل الصغير، أو أن صغيراً قتل الكبير.
- (١٠) ألا يكون الصبي الشاهد مشهوراً بالكذب، فإن كان مشهوراً بالكذب لا تصح شهادته.
- (١١) ألا يكون الشاهد عدواً للمشهود عليه، فإن كان عدواً للمشهود عليه لا تصح شهادته، و سواء أكانت العداوة بين الصبيان أنفسهم أو بين آبائهم على المشهود في المذهب.
- (١٢) ألا يكون الشاهد قريباً للمشهود له و لو كانت القرابة بعيدة.
- (١٣) أن يكون الشاهد من جملة الصبيان المجتمعين، فإن كان صبيّاً مر عليهم لا تقبل شهادته.
- (١٤) اشترط بعض المالكية رؤية الجسد المشهود بقتله، يقول القرافي: رأيت بعض المعتبرين من المالكية يقول: لا بد من حضور الجسد المشهود بقتله و إلا فلا تسمع الشهادة، و نقل على ابن بطل مؤلف البيان و التقريب عن جماعة، أنه لا بد من شهادة العدول على رؤية الجسد المقتول، و على هذا فلو شهدوا بأن ابن فلان قتل ابن فلان و رماه في البحر، لم تسمع شهادتهم.

هذا و متى صحت شهادة الصبيان، لزمت عاقلة الصبي القاتل الدية بلا قسامة،
لأنها شهادة كاملة، فاستغنت عن القسامة ووجبت الدية على العاقلة لأنه بمنزلة القتل
الخطأ، و لأن عمد الصبي كالخطأ.
رجوع الصبيان عن شهادتهم:-

إذا أدى الصبيان الشهادة بعد أن توافرت لها شروطها، ثم رجعوا عن شهادتهم
فلا أثر لهذا الرجوع على شهادتهم و الحكم بموجبها.
يقول المالكية: لا يؤثر في شهادة الصبيان رجوعهم عن شهادتهم قيل الحكم أو بعده و لا
تجريحهم من غيرهم أو من بعضهم لبعض، لتعلق حق الغير بهذه الشهادة، إلا التجريح
بالكذب في المجرب به.

و قال القاضي و غيره من الحنابلة: يشترط في شهادة الصبيان، أن يؤدوها أو يشهدوا
على شهادتهم قبل تفرقهم ثم لا يؤثر رجوعهم. (١)

الفرع الثالث

في

اشتراط الحرية

اختلف الفقهاء في اشتراط الحرية على قولين:

القول الأول-

أن الحرية شرط أداء الشهادة، فلا تقبل شهادة العبد.
ذهب إلى ذلك: الحنفية و المالكية و الشافعية و غيرهم. (٢)

(١) المراجع السابقة.

(٢) مغنى المحتاج ج٤ ص٤٢٧، بداية المجتهد ج٢ ص٤٥٢، المغنى و الشرح الكبير ج١٢ ص٦٠،

الاختيار لتعليل المختار ج٢ ص١٤١.

القول الثاني-

أن الحرية ليست شرطاً في أداء الشهادة إلا في الحدود و القصاص، فتقبل شهادة العبد في كل شيء ما عداهما.

ذهب إلى ذلك: الحنابلة في صحيح من المذهب. (١)

استدل القائلون لاشتراط أن يكون الشاهد حراً غير عبد، بأن أداء الشهادة فيه معنى الولاية، و لا ولاية للعبد على نفسه، فعلى غيره من باب أولى. و استدل الحنابلة على قبول شهادة العبد بالكتاب و السنة.

أما الكتاب. فقوله تعالى: "و استشهدوا شهيدين من رجالكم" فقوله تعالى من رجالكم عام فيتناول الحر و العبد لأن العبد رجل من رجالنا، و تخصيص الآية بالرجل الحر لا دليل عليه من كتاب أو سنة.

و قال تعالى: "و اشهدوا ذوي عدل منكم" و العبد عدل، لأن الأمة عدلته في قبول روايته. عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، و في فتياه و أخباره الدينية، فتناوله قول عمر رضي الله عنه و المسلمون عدول على بعض، فتقبل شهادته. و أما السنة. فقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل شهادة الأمة الواحدة على فعل نفسها، و ذلك حينما جاء إليه أحد الصحابة و قال يا رسول الله إني تزوجت امرأة فجاءت أمة سوداء و قالت: إني أرضعتكما، فقبل النبي صلى الله عليه وسلم قولها و أمره بفراق زوجته. متفق عليه.

و علل الحنابلة عدم جواز شهادة العبد في الحد و القصاص، بأن الحد أو القصاص عقوبة بدنية تدور بالشبهات، و اختلاف العلماء في قبول شهادته في الأموال نقص و شبهة فلم تقبل شهادته فيما يدرأ بالشبهات.

(١) الانصاف ج٢ ص ٦٠، المغني و الشرح الكبير ج١٢ ص ٧٠.

و الراجح ما ذهب إليه الحنابلة في الصحيح من المذهب، لأن مبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق و حصول الثقة، و العبد أهل لذلك. و لأن سوجب الكتاب و السنة و الأصول العامة للتشريعة تقضي بقبول شهادته.

الفرع الرابع

في

اشتراط الإسلام

يشترط في قبول شهادة الشاهد إذا كان المشهود عليه مسلماً، أن يكون الشاهد مسلماً، فلا تقبل شهادة غير مسلم على المسلم، لأن الشهادة فيها معنى الولاية و لا ولاية للكافر على المسلم.

قال تعالى: "و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً" (١).

و قال عز و جل: "و استشهدوا شهيدين من رجالكم" و اشهدوا ذوي عدل منكم" و الكافر ليس من المسلمين فهو ليس من رجالنا المأمور بالاستشهاد بهم، كما أنه ليس عدلاً عندنا، باستثناء الشهادة على الوصية في السفر على ما سيأتي. (٢) و ذهب ابن القيم إلى قبول شهادة غير المسلم على المسلم عند الضرورة كما سيأتي.

أما شهادة غير المسلم على غير المسلم فقد اختلف الفقهاء فيها على أقوال كثيرة أشهرها قولان:-

القول الأول: لا تجوز شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض و لو كانوا أتباع ملة واحدة كشهادة النصراني على مثله و اليهودي على مثله.

(١) آية رقم ١٤١ سورة النساء.

(٢) بداية المجتهد و نهاية المقتصد ج٢ ص ٤٥٢.

ذهب إلى ذلك: الشافعية و المالكية و الحنابلة.(١)

— القول الثاني: تجوز شهادة غير المسلمين على بعضهم و لو كانوا إتباع ملل مختلفة.

ذهب إلى ذلك الحنفية و الحنابلة في رواية اختارها ابن تيمية و ابن القيم.(٢)
استدل القائلون بعدم قبول شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض و لو كانوا إتباع ملة واحدة بعدة أدلة منها:—

(١) قوله تعالى: "و ألقينا بينهم العداوة و البغضاء إلى يوم القيامة".(٣)

وجه لدلالة—دلت الآية الكريمة على أن العداوة صفة لازمة و مستمرة بين غير المسلمين و شهادة العدو على عدوه لا تصح، فلا تقبل شهادة غير المسلم على غير المسلم و لو اتحدت ملتهم بالنص.

و قد اجيب عن وجه الدلالة: بأنه ليس المراد بالعداوة. العداوة فيما بين الأشخاص و الأفراد، و إنما المراد بالعداوة في الآية الكريمة، العداوة التي بين اليهود و النصارى، أو العداوة التي بين فرقهم و إن كانوا ملة واحدة، و هذا لا يمنع من قبول شهادة بعضهم على بعض. لأنها عداوة دينية فهي كالعداوة التي بين فرق الأمة الإسلامية و تفرقهم شيعاً. و العداوة الدينية ليست مانعاً من قبيل الشهادة، و لذلك قبلت شهادة المسلم على غير المسلم، لأن العداوة بينهما دينية، و الدين لا يقتضي شهادة الزور و لا

(١) مغنى المحتاج ج٤ ص٢٧، بداية المجتهد ج٢ ص٤٥٤، الإنصاف ج١٢ ص٣٩، ٤١.

(٢) رد المحتار ج٧ ص٦٤، لسان الحكام ص٢٤٦، الإنصاف ج١٢ ص٤١، ٣٩ الطرق الحكيمة ص

٢٠٦، شرح الزركشي ج٧ ص٣٢٤، ٣٢٦.

(٣) آية رقم ٦٤ سورة المائدة.

أن يترك دينه من أجل نفع دنيوي. (١)

(٢) بأن في قبول شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض، تكريم لهم، و رفع لمنزلتهم، و رزية الكفر تنفي ذلك.

و قد نوقش هذا الدليل ، بأن قبول شهادتهم على بعضهم ليس فيه تكريم لهم و لا من شأنه رفع أقدارهم، و إنما هو لدفع عدوان بعضهم عن بعض و إعطاء أهل الحقوق منهم حقوقهم بقبول من يرتضونه و يثقون به، و يطمئن القاضي إلى صدقة، و هذا من تمام مصالحهم التي لا غنى لهم عنها.

(٣) بأن غير المسلم يكذب على الله، و من يكذب على الله ، أولى أن يكذب على مثله من إخوانه و أقاربه.

و قد نوقش هذا الدليل، بأن جميع أهل البدع و الأهواء كذبوا على الله و رسوله، و الخوارج من أصدق الناس لهجة و مع ذلك فقد كذبوا على الله و رسوله، و كذلك القدرية و المعتزلة، و هم يظنون أنهم صادقون غير كاذبين، فهم متدينون بهذا الكذب و يظنون أنه من أصدق الصديق. (٢)

و استدل القائلون بقبول شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض و لو اختلفت مللهم، بعدة أدلة منها:—

أولاً: قوله تعالى: "و من أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك". (٣)

(١) روى عن الشعبي و الزهري و ابن أبي ليلى و إسحاق، أن شهادة بعضهم على بعض تجوز عند اتفاق الملة، أما إذا اختلفت بأن شهد نصراني على يهودي أو مجوسي فلا تقبل، و انظر شرح السنة للبهوي جـ ١٠ ص ١٢٤، الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٠٧، ٢٠٩.

(٢) المغني و الشرح الكبير جـ ١٢ ص ٧٦، الطرق الحكمية ص ٢١٢.

(٣) آية رقم ٧٥ سورة آل عمران.

وجه الدلالة-دلت الآية الكريمة على أن أهل الكتاب منهم الأمين على القنطار من المال، و لا شك أن مثل هذا يكون أميناً على شهادته من قرابته و عشيرته.

ثانياً: قوله تعالى: "و الذين كفروا بعضهم أولياء بعض". (١)

وجه الدلالة-دلت الآية الكريمة على ثبوت ولاية بعضهم على بعض، و الولاية أعلى رتبة من الشهادة، و غايته أن الشهادة شبيهة بها.

ثالثاً: لغير المسلم حق تزويج ابنته و أخته، و له حق الولاية على مال أولاده، فقبول شهادته عليهم أولى و أخرى.

رابعاً: أباح الله تعالى للمسلمين معاملتهم و أكل طعامهم و الزواج من نساءهم، و ذلك يستلزم الرجوع إلى أخبارهم قطعاً و العمل بموجبها.

فإذا جاز لنا أن نعتمد على خبرهم فيما يتعلق بالأعيان التي تحل و تحرم، فلأن نرجع إلى أخبارهم بالنسبة لما يتعلق بهم من باب أولى. (٢)

هذه هي أقوال الفقهاء و أدلتهم في شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض، و بالنظر فيها يتبين أن أرجحها القول بقبول شهادة غير المسلم على مثله، اتحدت الملة أو اختلفت لقوة أدلته، و لأن الحاجة داعية إلى الأخذ بهذا القول، فإذا تحاكموا إلينا فيما يقع بينهم من المعاملات و المدانيات و الجنائيات و ليس معهم شهود من المسلمين، و رضوا بقبول بعضهم على بعض، حكم لهم القاضي بما رضوا، لأن ذلك من تمام مصالحهم التي لا غنى لهم عنها.

(١) آية رقم ٧٣ سورة الأنفال.

(٢) الفتح على الهداية جـ ٧ ص ٤١٦، الطرق الحكيمة ص ٢٠٦، الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ١٤٩.

شهادة غير المسلم على المسلم في الوصية في السفر

إذا كان المسلم في سفر و حضرته النية، و أراد أن يوصي بوصية و يشهد عليها، و ليس معه أحد من المسلمين، أيجوز له أن يشهد عليها رجلين من غير المسلمين أم لا يجوز .

اختلف الفقهاء في جواز ذلك و عدم جوازه على قولين:-

القول الأول: لا يجوز للمسلم أن يشهد على وصيته في السفر أحداً من غير المسلمين.

ذهب إلى ذلك: المالكية و الشافعية.(١)

القول الثاني: يجوز للمسلم أن يشهد على وصيته في السفر رجلين من غير المسلمين.

ذهب إلى ذلك: الحنفية و الحنابلة.(٢)

استدل القائلون بعدم قبول شهادة غير المسلم على المسلم في حال وصيته في السفر، بما استدلوا به على عدم جواز شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض، و قالوا: بأن من لا تقبل شهادته على مثله من أهل ملته فمن باب أولى لا تقبل شهادته على المسلم و لو كان ذلك على الوصية في السفر.

* و قد عرضنا ما ورد على هذه الأدلة من مناقشات *

كذلك استدلوا بقوله تعالى: " و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً".

وجه الدلالة- دلت الآية على نهي المسلمين، أن يكون للكافرين عليهم سبيلاً، و ذلك يشمل الشهادة.

(١) بداية المجتهد ج٢ ص٤٥٢، مغنى المحتاج ج٢ ص٤٢٧.

(٢) اشترط الحنابلة في إحدى الروايتين، أن يكون الشاهدان من أهل الكتاب و الرواية الثانية لا يشترط ذلك، تمسكاً باطلاق الآية الكريمة "أو آخران من غيركم" و نظر الحال العذر، انظر شرح الزركشي ج٧ ص٤٣١، المغنى ج٩ ص١٨٢.

نوقش وجه الدلالة من الآية الكريمة، بأن الآية الكريمة لا تتصل بالشهادة و القضاء،
لأن السبيل المنصوص عليه هو سبيل العزة و القهر و الغلب.
واستدل القائلون بقبول شهادة غير المسلمين على المسلم في الوصية في السفر، بالكتاب
و السنة:-

أولاً: الكتاب الكريم:

قال الله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين
الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابكم
مصيبة الموت تحبسوهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمناً و لو
كان ذا قربى و لا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين". (١)

وجه الدلالة من الآية- دلت الآية نصاً و صراحة على جواز شهادة غير المسلم على
المسلم في الوصية حال السفر، إذا لم يوجد مسلم، لأن الحاجة داعية إلى ذلك. (٢)
اعترض على وجه الدلالة، بأن الآية الكريمة ليست نصاً و لا ظاهرة في قبول شهادة غير
المسلم على المسلم في الأداء، و ذلك من ثلاثة أوجه:-

الوجه الأول: أن الشهادة في الآية الكريمة، أريد بها شهادة التحمل و ليس شهادة
الأداء، و لا خلاف في أن شهادة التحمل لا يشترط فيها الإسلام.

الوجه الثاني: على فرض أن المراد بالشهادة في الآية، شهادة الأداء، فإن قوله تعالى: "من
غيركم"، أي من غير عشيرتكم أو قبيلتكم، لأن غير المسلم لا شهادة له على المسلم.

الوجه الثالث: على فرض أن المراد بالشهادة في الآية شهادة غير مسلمين، فليس المراد
بالشهادة، الشهادة المصطلح عليها، بل اليمين و قد سمي الله تعالى اليمين شهادة في
(١) آية رقم ١٠٦ سورة المائدة.

(٢) شرح الزركشي ج٧ ص٣٣٨، ٣٤٢، المغني ج٩ ص١٨٢، ١٨٤.

آية اللعان، فالشهادة في الآية اليمين لقوله سبحانه فيها: "فيقسمان بالله". أي يحلفان، فإن عرف أنهما حلفاً على الإثم رجعت اليمين على أولياء الموصي. أجيب عن الاعتراض بأوجهه الثلاثة بما يأتي:-

- (١) حمل الآية على الشهادة بالتحمل لا يصح، لأن الله أمر في الآية بتحليفهم، ولا محل للأيمان في تحمل الشهادة.
- (٢) حمل قوله تعالى: "من غيركم" على العشيرة أو القبيلة لا يصح كذلك، لأن سياق الآية من أولها ليس فيه خطاب لعشيرة دون عشيرة أو قبيلة دون قبيلة، بل هو خطاب عام لجميع المؤمنين، ولا يكون غير المؤمنين إلا من الكافرين، ولأنه لو أريد بقوله تعالى: من غيركم العشيرة أو القبيلة، لما كان للأيمان فائدة، لأن الشاهدين حينئذ من المسلمين، ولا أيمان عليهم. وقد تأيد أن المراد بالغير في الآية، غير المسلمين بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم، بحيث صير الآية نصاً في قبول شهادة غير المسلم على المسلم في الوصية في السفر، فقد روى البخاري والترمذي والدارقطني من عدة طرق عن ابن عباس، أن هذه الآية نزلت في رجل مسلم من بني سهم انطلق في تجارة إلى الشام ومعه تميم الداري وعدي بن بداء وهما نصرانيان يومئذ، فتوفي المسلم في مسيره بأرض ليس بها مسلم، وكان قد كتب وصيته، فلما قدما بتركته، فقد أهله جاماً من فضة مخوصاً بالذهب، وأنكر تميم وعدي هذا الجاهل (١) فرفع أهله أمرهم إلى النبي صلى الله عليه وسلم وذكروا له الأمر، فنزل قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم" إلى قوله تعالى: "إنا إذا لمن الآثمين" فأحلفهما رسول الله صلى

(١) الجاهل: الإناء المعد للطعام والشراب.

الله عليه وسلم، فحلفنا على منبره أدبار صلاة العصر، فخلى سبيلهما، ثم وجد أهل المتوفي الجاه بمكة، و قيل لهم أنه مباح من عدى و تميم، فرفعوا أمرهم ثانية إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فنزل قوله تعالى: "فان عثر على أنهما استحقا إثما فآخران يقومان مقامها إلى آخر الآيتين". (١٠٧)، (١٠٨) سورة المائدة.

فقام رجلان من أولياء السهمي فحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما، و أن الجاه لصاحبهم، فأخذ تميم و عدي بكل ما وجد في الوصية لما أطلع منهما على الخيانة، ثم إن تميما أسلم فكان يقول: صدق الله و بلغ رسوله، أنا أخذت الإناء. (١)

(٣) حمل الشهادة على الأيمان لا يصح كذلك، لأن اليمين لا يشترط فيها عدد و لا عدالة و قد اشترطت الآية العدد و العدالة، فلم يصح الحمل على اليمين، بل هي الشهادة، و لذا قال الله تعالى: "شهادة بينكم" و لم يقل أيمان بينكم.

و أما تسمية أيمان اللعان شهادة في كتاب الله، فلأنها قائمة مقام الشهادة المطلوبة في إثبات جريمة الزنا، و لذلك يجب رجم الزوجة إذا امتنعت عن الأيمان، و سمي أيمانها شهادة لأنها في مقابل شهادة الزوج. (٢)
ثانياً: السنة النبوية:-

(١) ما تقدم من قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم، في قصة السهمي

(١) احكام القرآن لابن العربي ج٢ ص٢٣٠ و ما بعدها، نيل الأوطار للشوكاني ج٨ ص٣٠٤، شرح

الزركشي ج٧ ص٣٣٨، المغني ج٩ ص١٨٢.

(٢) الطرق الحكمية ص٢١٧ - ٢١٩.

و شاهديه غير المسلمين على وصيته.

(٢) ما رواه أبو داود و الدارقطني عن الشعبي أن رجلاً من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقاء (١) و لم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته، فأشهد رجلين من أهل الكتاب، ففدما الكوفة فأتيا الأشعري فأخبراه و قدما بتركته ووصيته، فقال الأشعري: هذا أمر لم يكن بعد أن كان في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأحلفهما بعد العصر ما خانا و لا كذبا و لا بدلا و لا كتما و لا غيرا، و أنها لو وصية الرجل و تركته و أمضى شهادتهما. (٢)

(٣) ما رواه أبو عبيد عن ابن مسعود رضي الله عنه، أنه قضى بشهادة غير المسلم على المسلم في الوصية في السفر في زمن عثمان رضي الله عنه. (٣)
(٤) ما رواه ابن جرير في تفسيره و ابن أبي شبة و عبد الرازق في مصنفيهما و البيهقي في سننه عن شريح القاضي، أنه كان يميز شهادة اليهود و النصارى على المسلم في الوصية في السفر. (٤)

هذه الأحاديث و غيرها تدل دلالة واضحة على قبول شهادة غير المسلم على المسلم في الوصية في السفر، و ترد سائر الاحتمالات التي قيلت بغير ذلك.
القول الراجح:

بالنظر في القولين السابقين و أدلتهم يظهر لنا بوضوح رجحان القول بقبول شهادة غير المسلم على المسلم في الوصية في السفر عند عدم وجود المسلم لقوة أدلته.

(١) دقوقا: بالقصر و المد: مدينة معروفة بالعراق قرب بغداد.

(٢) نيل الأوطار ج ٨ ص ٣٠٤.

(٣) الناسخ و المنسوخ لابي عبيد برقم ١٨٩ و انظر تخريجه في هامش ص ٣٤٠ شرح الزركشي.

(٤) سفن إلى داول رقم ٣٦٥٠ في المصنف لعبد الرازق رقم ١٥٥٣٩.

يقول ابن المنذر: شهادة غير المسلم على المسلم في الوصية في السفر قال به: أكابر
 الماضين من الصحابة و التابعين، و الظاهر أن من لم يقل به من الأئمة فلأنه لم تبلغهم
 الأحاديث، و لو كانت قد بلغهم لأكدت عندهم ظاهر الآية و لم يعدلوا عنها. (١)
 و يقول ابن القيم: إن قبول شهادة غير المسلمين على المسلمين في السفر قد دل
 عليه صريح القرآن و عمل به الصحابة و ذهب إليه فقهاء الحديث. (٢)
 هذا و يرى ابن تيمية و ابن القيم قبول شهادة غير المسلم على المسلم في كل
 ضرورة حضرا و سفرا، في كل شيء عدم فيه المسلمون، قياساً على قبول شهادتهم في
 الوصية، لأن شهادتهم قبلت في الوصية للضرورة، فيقبل في كل ضرورة. (٣)
 هذا و قد اشترط الحنابلة في إحدى الروايتين أن يكون الشاهدان من أهل الكتاب،
 و في الرواية الثانية لا يشترط ذلك تمسكاً بإطلاق الآية الكريمة، و نظراً لحال
 العذر. (٤)
 يقول ابن القيم: و في اشتراط كونهم من أهل الكتاب روايتان، و ظاهر القرآن أنه لا
 يشترط و هو الصحيح، لأنه سبحانه قال للمؤمنين: "أو آخران من غيركم" و غير
 المؤمنين هم الكفار كلهم، و لأنه موضع ضرورة، و قد لا يحضر الموصي الإكفار من
 غير أهل الكتاب، و أن تقيده بأهل الكتاب لا دليل عليه. (٥).

(١) شرح الزركشي جـ ٧ صـ ٣٤١.

(٢) الطرق الحكمية صـ ٢١٢.

(٣) الطرق الحكمية صـ ٢٢٣.

(٤) شرح الزركشي جـ ٧ صـ ٣٤١.

(٥) الطرق الحكمية صـ ٢٢٤، ٢٢٥.

الفرع الخامس

في

العدالة

يشترط في الشاهد أن يكون عدلاً:-

العدل لغة: ما قام في النفوس أنه مستقيم، وهو ضد الجور والميل، ورجل عدل: أي مرضى الشهادة.

وفي اصطلاح الفقهاء: من يتجنب الكبائر ولا يصير على الصغائر، ويتجنب كذلك ما يخل بمروءة أمثاله.

أو كما قال أبو الحسن الماوردي في الأحكام السلطانية: أن يكون صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقياً المآثم، بعيداً من الريب، مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لمروءة مثله في دينه و دنياه (١)

أو كما يقول فقهاء الحنابلة: العدل من لم تظهر منه ريبة ويعتبر له شيان:

الأول: الصلاح في الدين وهو أداء الفرائض واجتناب المحارم، وهو ألا يرتكب كبيرة ولا يدمن على صغيرة.

الثاني: استعمال المروءة وهو فعل ما يجمله ويزينه وترك ما يذنبه ويشينه، ولا يخرج عن العدالة فعل صغيرة لقوله تعالى: "الذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش إلا اللوم" (٢) وقد قيل إن اللوم صغار الذنوب، ولأن التحرز منها غير ممكن، لأنه لا يوجد من يحض الطاعة ولا يخلطها بمعصية.

(١) الأحكام السلطانية للماوردي الشافعي ص ١٣١.

(٢) الشرح الكبير بحاشية المغني ج ١٢ ص ٣٧١، ٣٨، المقنع ج ٣ ص ٦٩١، ٦٩٢ والآية الكريمة رقم ٣٢ سورة النجم.

فمن تجنب الكبائر و ارتكب الصغائر، فإن كان ذلك نادراً من أفعاله لم يفسق و لم ترد شهادته، و إن كان ذلك غالباً في أفعاله فيبقى و ردت شهادته، لأن الحكم للغالب و النادر لا حكم له. (١)

يقول فقهاء المالكية: ليست العدالة أن يحض الرجل الطاعة حتى لا تشوبها معصية و ذلك متعذر إلا في الأولياء و الصديقين.

و لكن من كانت أكثر حاله الطاعة و هي الغالب من أحواله و هو متجنب الكبائر محافظ على ترك الصغائر فهو العدل. (٢)

و يقول فقهاء الحنفية : العدل من كانت حسناته أغلب من سيئاته متجنباً الكبائر. (٣)
يقول الله تعالى: "فمن ثقلت موازينه فأولئك هم المفلحون، و من خفت موازينه فأولئك الذين خسروا أنفسهم في جهنم خالدون". (٤)

و يقول صلى الله عليه وسلم: "ما منا إلا من عصى أو هم بمعصية، إلا يحیی بن زكريا لم يهمل بخطيئة و لم يعملها" (٥)

هذا و لا نزاع في أن الإصرار على الصغيرة يجعلها في حكم الكبيرة من حيث القدح في العدالة، لأن من ارتضى لنفسه الاكثار من الصغائر، يرتضى كذلك أن يشهد بالزور.

(١) تكملة المجموع شرح المذهب ج١٨ ص٤٧٧.

(٢) تبصرة الحكام ج١ ص٢٥٩.

(٣) الفتح على الهداية ج٦ ص٤٤.

(٤) آية رقم ١٠٢ سورة المؤمنون.

(٥) رواه الإمام أحمد و أبو يعلى و الحاكم من حديث ابن عباس و أخرجه البيهقي بإسناد صحيح إلى الحسن عن النبي (ص) و أخرجه عبد الرازق من طرق سعيد بن المسيب، تكملة المجموع ج١٨ ص٤٥٧.

و إلحاق الإصرار على الصغيرة بالكبيرة في الحكم، لا يصيرها كبيرة حقيقة، وهذا لا يتعارض مع ما ذهب إليه بعض أهل العلم كابن عباس وغيره، من أنه ليس في الذنوب صغيرة، لأنهم إنما كرهوا تسمية معصية الله صغيرة إجلالاً له سبحانه وتعظيماً لشأنه، مع اتفاقهم على أن بعض الذنوب يقدر في العدالة وبعضها لا يقدر فيها، وإنما الخلاف في التسمية والاطلاق. (١)

ماهية الكبيرة والصغيرة:-

اختلف الفقهاء في ماهية الكبيرة والصغيرة واضطربت أقوالهم حتى قال العز بن عبد السلام لم أقف لأحد من العلماء على ضابط لذلك، يعني بذلك أنه لم يجد للكبيرة تعريفاً سالماً عن الاعتراض.

و من أقوال الفقهاء في ذلك:-

أولاً: ما جاء في لسان الحكم لابن الشحنة الحنفي فقد قال:

اختلف العلماء في ماهية الكبيرة والصغيرة:

قال بعضهم: ما فيه حد في كتاب الله فهو كبيرة وما لا حد فيه فهو صغيرة، قال: وهذا ليس بسديد، فإن شرب الخمر واكل الربا من الكبائر ولا حد فيهما في كتاب الله تعالى.

و قال بعضهم: ما اوجب الحد فهو كبيرة وما لا حد فيه فهو صغيرة، قال: وهذا ايضاً يطل بأكل الربا وغيره لأنه لا حد فيه مع أنه كبيرة.

و قال بعضهم: ما كان حراماً لعينه فهو كبيرة.

وقيل هي السبع التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف (سبع من الكبائر لا كفارة فيهن: الاشرار بالله و الفرار من الزحف و عقوق الوالدين)

(١) تبصرة الحكم جـ ١ ص ٢٥٩، تكملة المجموع جـ ١٨ ص ٤٧٥.

و قتل النفس بغير حق و هتت المؤمن و الزنا و شرب الخمر (١) و هذا قول أهل الحجاز و أهل الحديث، و زاد بعضهم على هذه السبع اكل الربا و اكل مال اليتيم بغير حق.

ثم قال و أصح ما يقال فيه ما هو منقول عن شمس الأئمة الحلواني أنه قال: ما كان شنيعاً بين المسلمين و فيه هتك حرمة اسم الله تعالى و الدين فهو حرام من جملة الكبائر يوجب سقوط العدالة. (٢)

ثانياً: ما جاء في الفقه الشافعي، من أن الكبيرة ما لحق صاحبها و عيّد شديد بنص كتاب أو سنة، و قيل: هي المعصية الموجبة للحد، و قال الامام: هي كل جريمة تؤذن بقلة اكتراث مرتكبها بالدين. (٣)

و ثالثاً: ما جاء في الفقه الحنبلي:

من أن الكبيرة: ما فيه حد أو وعيد.

و عند الشيخ تقي الدين رحمه الله: هي ما فيه حد أو وعيد أو غضب أو لعنة أو نفي الايمان و قال القاضي في معتمده معنى الكبيرة: أن عقابها أعظم و الصغيرة أقل و لا يعلمان الا بتوقيف. (٤)

هذه هي أقوال الفقهاء في معنى الكبيرة ، أما الصغيرة فهي كما يقول الشافعية كل ما لا ينطق عليها تعريف الكبيرة من الأمور المحرمة أو المكروهة مثل: النظر المحرم (١) البهت بفتح الباء و سكون الهاء: القذف بالباطل و الكذب المقترى.

(٢) لسان الحكام جـ ٤٤٤.

(٣) المراد بما غير الكبائر الاعتقادية التي هي البدع، فإن الراجح قبول شهادة أهلها ما لم يكفر، مغنى المحتاج جـ ٤٢٧.

(٤) الانصاف جـ ١٢ ص ٤٦، كشف القناع جـ ٦ ص ٤١٣ و ما بعدها.

و كذب لا حد فيه و لا ضرر و الأشراف على بيوت الناس و هجر المسلم فوق ثلاث
بلا عذر و كثرة الخصومات إلا إذا كان مراعياً حتى الشرع فيها و الضحك في الصلاة
و النياحة و شق الجيب في المصيبة و التبختر في المشي و الجلوس بين الفساق إناساً لهم
و سب الناس بالفاظ لا تعد من قبيل القذف. (١)

أما على ما ذهب إليه الحنفية، فإن كل ما كُن مكرهاً كراهة تحريم فهو صغيرة
و من ذلك: لبس الرجل ثوب حرير، و النجش و الاحتكار و البيع على بيع أخيه
و السوم عليه، و صورته أن يعرض رجل على المشتري سلعته ثمن فيقول آخر: عندي
مثلها بأقل من هذا الثمن، و الخطبة على الخطبة متى ركنت المخطوبة إلى خاطبها،
و البيع عند آذان الجمعة، و كتمان عيب السلعة عند بيعها، و اقتناء كلب لغير صيد أو
ماشية، و دفع الزكاة من أرديء المال، و الخلوة بالأجنبية، و الأكل ممن غلب على
طعامه الحرام و أجبابة دعوته لغير عذر، و استعمال آنية الذهب و الفضة، و تقبيل فم
الرجل و معانقته، و تقبيل يد غير عالم و صالح و أب، و الحسد و الكبر و العجب
و الإفراط في المدح و افشاء السر و التعصب و قول المسلم للذمي يا كافر إذا كان
يتأذى به، و هجو مسلم و لو تعريضاً و صدقاً، و التفضيل بين أولاده إلا لعلم أو
صلاح و بيع السلاح من أهل الفتنة، و غير ذلك من كل ما كان مكرهاً كراهة تحريم.
هذا و مما يجب ملاحظته أولاً— أن الصغائر التي ذكرناها و غيرها، إنما تكون
الواحدة منها صغيرة إذا كان فاعلها مستعظماً لفعلها خائفاً من عقابها.

أما إذا فعلها متهاوناً بها، فإنها تصبح كبيرة، كذا ذكره كما يقول ابن نعيم، حجة
الإسلام الغزالي في الأحياء.

(١) معنى المحتاج بحسب ص ٤٢٧. نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٧٨.

ثانياً- أن الاستخفاف بالصغيرة كفر إذا ثبت المنع عنها بدليل قطعي(١)

ما يتحقق به الإصرار على الصغيرة:-

سبق القول بأن الإصرار على الصغيرة يجعلها في حكم الكبيرة، فكيف يتحقق هذا الإصرار.

يتحقق الإصرار على الصغيرة عند بعض العلماء بالتكرار، فلو فعلها مرة واحدة لا يكون مصراً.

و عند البعض: بالعزم على المعاودة بعد الفعل و قبل التوبة.

و قيل بالأمر الغالب فمن يرتكب الصغائر، فإن كان ذلك منه نادراً من أفعاله لم يفسق و لم ترد شهادته و إن كان ذلك غالباً في أفعاله فسق و ردت شهادته، لأنه لا يمكن رد شهادته بالقليل من الصغائر و لا يمكن قبول شهادته مع كثير من الصغائر لأن الحكم للغالب.

و قيل بالفعل ثلاثاً.

و قيل: بفعل الذنب مع العزم على معاودته و معاودته فعلاً بناء على هذا العزم، يقال فلان: مصر على العداوة، أي مصمم عليها بقلبه و على مصاحبتها و مداومتها. و يقول القرافي: و لا يفهم من عرف الاستعمال من الإصرار إلا العزم و التصميم على الشيء و هو ما يفهم منه لغة و شرعاً.

أما من تكرر منه الفعل من غير عزم فلا يكون مصراً، بأن يفعل الذنب أول مرة و هو لا يخطر بباله معاودته لكنه يفعله و يكرره، فهذا ليس إصراراً لقوله تعالى: "و لم يصروا على ما فعلوا".

(١) رسائل ابن نجيم ص ٢٥٠ - ٢٦٤.

هذا و كل صغيرة تاب منها مرتكبها لا تدخل في العد لذهاب أثرها بالتوبة
الصحيحة. (١).

أقوال الفقهاء في اشتراط العدالة:-

لا خلاف بين الفقهاء على أنه يشترط في الشاهد أن يكون عدلاً، وإنما الخلاف
بينهم في تكييف هذا الاشتراط، أهو لصحة الأداء ابتداء، أم أنه لظهور وجوب
قضاء القاضي به انتهاء.

ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة و بعض الحنفية، إلى أن عدالة الشاهد شرط في
صحة الأداء، فيشترط في الشاهد أن يكون عدلاً، فإن كان فاسقاً فلا تقبل شهادته و لا
يسمع لقوله.

استدلوا بقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا". (٢).
فقد أمر الله تعالى بالتوقف عن النبأ الفاسق، و الشهادة نبأ فيجب التوقف عن
شهادة الفاسق.

و قال تعالى: "و اشهدوا ذوي عدل منكم" (٣) و قال تبارك و تعالى: "من ترضون
من الشهداء" (٤) و لا يكون الشاهد مرضياً إلا إذا كان عدلاً.
و لأن دين الفاسق لا يزعه عن ارتكاب محظورات الدين، فلا يؤمن ألا يزعه عن
الكذب، فلا تحصل الثقة بخبره. (٥).

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٧٨، ٢٧٩، بصره الحكام ج ١ ص ٢٥٩، الإنصاف ج ١٢ ص ٤٥.

(٢) آية رقم ٦ سورة الحجرات.

(٣) آية رقم ٢ سورة الطلاق.

(٤) آية رقم ٢٨٢ سورة البقرة.

(٥) بصره الحكام ج ١ ص ٢٥٩، مفتي المحتاج ج ٤ ص ٤٢٧، المغني و الشرح الكبير ج ١٢ ص ٣٢.

و ذهب الحنفية في ظاهر المذهب إلى أن عدالة الشاهد شرط في وجوب القضاء على القاضي، وليست شرطاً في صحة الأداء أي أنها شرط في وجوب العمل بها، وليست شرطاً لأهلية الأداء، فلو قضى القاضي بشهادة الفاسق، صح قضاؤه و نفذ، إن تحري الصدق في شهادته و غلب على ظنه أنه صادق فيما يشهد به، و إلا لم يصح قضاؤه.

و قد روى على أبي يوسف، أن الفاسق إذا كان وجيهاً بين الناس ذا مروءة تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجهته و يمتنع عن الكذب لمروءته. (١)
و قد نوقش ما ذهب إليه أبو يوسف، بأنه تعليل في مقابلة النص فلا يقبل.
و قد أجاب صاحب البحر عن هذا الاعتراض فقال: إذا كان المراد بالنص قوله تعالى: "و اشهدوا ذوي عدل منكم" فدلالته على عدم قبول غير العدل، إنما هي بالمفهوم و هو غير معتبر عند الحنفية و لاسيما مفهوم اللقب.

و إن كان المراد بالنص قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا". فليس فيه ما يمنع قبول شهادة الفاسق، لأن الله تعالى، أمر بالتبين، و الثبت و لم يأمر بالرد، فإذا تبين للقاضي و تحري و غلب على ظنه الصدق في شهادته، جاز له أن يحكم و كان عاملاً بالنص لا مخالفاً له. (٢)

هذه هي أقوال الفقهاء في اشتراط أن يكون الشاهد عدلاً، و بالنظر فيها يتبين أن أرجحها ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، و هو أنه يشترط في صحة الأداء أن يكون (١) هذا هو القول المعتمد و يقابله القول: بأن قضاء القاضي بشهادة الفاسق يصح و ينفذ، لكن القاضي يكون آتماً و عاصياً، بناء على أن شرط العدالة شرط كمال لا شرط صحة، انظر تكملة رد المختار ج٧ ص ٧٨، الفتح على الهداية ج٦ ص ٣٩.

(٢) تكملة رد المختار ج٧ ص ٧٨، مجمع الأنهر ج٢ ص ١٥١، ١٨٨ طرق الإثبات الشرعية للمرحوم الأستاذ أحمد إبراهيم ص ١٥٢.

الشاهد عدلاً، فإن كان فاسقاً فلا تقبل شهادته، لقوة أدلته، ولأن غير العدل لا يؤمن منه أن يتحمل على غيره فيشهد عليه بغير حق، ولأن مظنة الكذب من الفاسق في شهادته أرجح من مظنة الصدق فيها، والقاعدة في ذلك: أنه إذا وجد مانع و مبيح، ترجح المانع احتياطاً للحقوق.

ولأن أداء الشهادة أمانة عظيمة يترتب عليها الفصل في الأموال والأعراض والدماء وسائر الخصومات، فلا ينبغي أن تقبل وتؤدى إلا ممن كمل ورعه وتمت تقواه و ظهر صلاحه.

الفرع السادس

في

تعذر توافر شروط العدالة وأثره على قبول شهادة الفاسق

تكلمنا عن شرط العدالة وعرضنا شروطها وأقوال الفقهاء في اشتراطها، ورجحنا أنه يشترط لقبول شهادة الشاهد و سماع أقواله أن يكون عدلاً، وهذا هو الأصل في الشهادة إذا كان الناس لا يزالون بخير و العدل فيهم مازال قائماً و منتشرأً. أما إذا تبدل الحال و تغير الناس و عز توفر شروط العدل بينهم، فإنه يؤخذ بقول الحنفية و تقبل شهادة الفاسق، إذا تحرى القاضي الصدق في شهادته و غلب على ظنه أنه صادق فيما يشهد به.

و قد جاءت نصوص الفقهاء في المذاهب السنية الأربعة بجواز شهادة الفاسق إذا ما تعذر توفر شروط العدل في قوم أو طائفة.

يقول الكمال بن الهمام الحنفي: إن العدالة بمعناها الحقيقي قل أن تتحقق في شخص في هذا الزمان فتعطل الأحكام و ينسد باب الحكم لو لزم اعتبارها و في هذا حرج و مشقة، فيجب أن يكون ذلك بحسب الإمكان إذا وجد العدل.

و يقول القرافي المالكي في الذخيرة في باب السياسة الشرعية: نص بعض العلماء على أنا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول، أقمنا أصلحهم و أقلهم فجوراً للشهادة عليهم، و يلزم ذلك في القضاة و غيرهم لتلا تضيع المصالح، قال: و ما أظن أحداً يخالف في هذا، فإن التكليف شرط في الإمكان، و هذا كله للضرورة، لتلا تهدر الأموال و تضيع الحقوق و تعطل الحدود.(١)

و يقول الرملي الشافعي في نهاية المحتاج: اختار جمع من الشافعية كالأزرعي و الغزي تبعاً لبعض المالكية، أنه إذا فقدت العدالة و عم الفسق قضى الحاكم بشهادة الأمثل فالأمثل للضرورة.(٢)

و يقول البهوتي الحنبلي في كشف القناع ما نصه: قال في الإختيارات: العدل في كل زمان و مكان و طائفة بحسبها، فيكون الشهيد في كل قوم من كان ذا عدل فيهم و لهذا يمكن الحكم بين الناس ، و إلا فلو اعتبر في شهود كل طائفة ألا يشهد عليهم إلا من يكون قائماً بأداء الواجبات و ترك المحرمات كما كانت الصحابة لبطلت الشهادات كلها أو غالبها.(٣)

و يقول ابن القيم: إذا كان الناس فساقاً إلا القليل النادر، قبلت شهادة بعضهم على بعض و يحكم بشهادة الأمثل فالأمثل ، و هذا هو الصواب الذي عليه العمل، و إن أنكره كثير من الفقهاء بألستهم ، فمتى غلب على ظن القاضي صدق الفاسق قبل شهادته و حكم بها، لأن الله تعالى، لم يأمر برد خبر الفاسق، فلا يجوز رده مطلقاً، بل يتثبت فيه حتى يتبين هل هو صادق أو كاذب، فإذا علم القاضي صدق لهجة

(١) تبصرة الحكام ج١ ص ٤٨٧.

(٢) نهاية المحتاج و حاشيته ج٨ ص ٢٧٧.

(٣) كشف القناع ج٦ ص ٤١٣.

الفاسق و أن فسقه بغير الكذب، فلا وجه لرد شهادته، بل يقبل قوله و يعمل به و فسقه عليه، و قد استأجر النبي صلى الله عليه وسلم هادياً يدلّه على طريق المدينة و هو مشرك على دين قومه، و لكن لما وثق بقوله أمنه، و دفع إليه راحلته و قبل دلالته. أما إن كان كاذباً فيرد خبره و لا يلتفت إليه، فمدار قبول الشهادة و ردها على غلبة ظن الصدق و عدمه.

و الصواب المقطوع به، أن العدالة تتبع بعض فيكون الرجل عدلاً في شيء فاسقاً في شيء، فإذا تبين للحاكم أنه عدل فيما شهد به قبل شهادته و لم يضره فسقه في غيره. و من عرف شروط العدالة و عرف ما عليه الناس، تبين له الصواب في هذه المسألة.. و الله أعلم.(١)

الفرع السابع

في

اشتراط المروءة

يقصد بالمروءة: تلك الملكة الإنسانية التي تحمل صاحبها على التخلق بمخلق أمثاله ممن هو متبع لأداب الشريعة و محاسنها، و ترتفع به عن كل ما من شأنه أن يعتذر عنه أو يحط من قدره أو يمس كرامته بين الناس.

و قد عرف الفقهاء المروءة بعدة تعريفات:-

عرفها الحنفية: بأنها آداب نفسانية تحمل على محاسن الأخلاق و جميل العادات.

و قيل: إنها السمات الحسن و حفظ اللسان و تجنب السخف و المجون و الإرتفاع

عن كل خلق ديني (٢)

(١) الطرق الحكمية ص ٢٠٤ - ٢٠٦.

(٢) رسائل ابن عابدين ص ٢٥٦.

و عرفها المالكية: بأنها كمال النفس بصورها عما يوجب ذماً عرفاً و لو مباحاً في ظاهر الحال.

و عرفها الشافعية: بأنها تخلق الشخص بخلق أمثاله من أبناء عصره لمن يراعي مناهج الشرع و آدابه في زمانه و مكانه.

و عرفها الحنابلة: بأنها فعل ما يحمله و يزينه و ترك ما يندسه و يشينه عادة، و قيل: اجتناب الأمور الدينية المزرية.

هذه هي تعاريف الفقهاء للمروءة و منها يتبين، أن المروءة صفة في الشخص تحمله على صون نفسه بالابتعاد بها عن كل ما يشينه و يخلدش مكانته في المجتمع الذي يعايشه ، و عدم الخروج عن عرف أمثاله من أهل بلده المتبعين لآداب الشرع و أخلاقه. و قد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الشاهد أن يكون من ذوي المروءة، لأن الشخص إذا اتصف بالمروءة غلب على الظن عدالته و تحريه الصدق في شهادته. أما من لا يتصف بها، فإنه يكون دنيئاً و ساقطاً، فلا تحصل الثقة بكلامه و لا يؤمن كذبه، لأن من لا يستحي من الناس لم يبال بما يصنع يقول صلى الله عليه وسلم فيما رواه البخاري و غيره: "إن مما أدرك الناس من كلام النبوة إذا لم تستح فاصنع ما شئت". (١) غاية الأمر أن بعض الفقهاء تكلم عن المروءة كعنصر من عناصر العدالة، كما هو الحال عند الحنابلة، (٢) و بعضهم أفردوا بشرط مستقل كالشافعية، و لا مشاحة في الاصطلاح مادام الجميع متفقاً على أن من فقد المروءة لا يوصف بأنه عدل. و قد علل الشافعية أفرادهم للمروءة بشرط مستقل، بأن مدار المروءة على

(١) أخرجه البخاري في الأدب المفرد ج٧ ص١٠٠، و أبو داود في الأدب باب الحياء ج٥ ص١٤٨،

و انظر هامش شرح الزركشي ج٧ ص٣٣٧.

(٢) الإنصاف ج١٢ ص٤٣-٥١.

العرف و العادة و ما كان كذلك قلماً ينضبط، بل يختلف باختلاف الأشخاص و الأزمنة و البلدان، بخلاف العدالة فإنها لا تختلف باختلاف الأشخاص، فإن الفسق يستوي فيه الشريف و الوضيع. (١) هذا و ما يخل بالمروءة إما فعل و إما حرفه. أولاً: ما يخل بالمروءة من الأفعال:—

ذكر الفقهاء أمثلة تقدر في المروءة و منها:

(١) الأكل في السوق إذا كان من شخص لا يعمل فيه، و أما أهل السوق الجالسون فيه فلا يخل بمروءتهم الأكل فيه للضرورة.

و المراد بالأكل في السوق كما يقول ابن قدامة، أن ينصب مائدة في السوق ثم يأكل و الناس ينظرون، و ليس المراد أكل شيء يسير أو كأن يأكل في دكان أو مطعم و هو مستتر أو غلبه جوع أو عطش، أو كان صائماً فبادر بالإفطار عملاً بالسنة.

(٢) كشف ما جرت العادة بتغطيته: من بطن أو ظهر أو صدر، في موضع لم تجر العادة بكشفه من أمثاله لما في ذلك من الدناءة.

و من ذلك كشف رأسه في موضع يعد فعله خفة و سوء أدب، لأن المروءة مدارها على العرف و العادة، فمن يمشي عاري الرأس من غير إحرام و لا عادة له بذلك و لا لأمثاله، و العرف يقبح ذلك و ينكره، فإنه يعتبر

(١) إذ أفعّل الشخص ما يخل بالمروءة سقطت عدالته و لم يكن فاسقاً، حيث كان الفعل مباحاً، ففاعل المخل بها ليس بفاسق و لا عدل، فالعدل من اجتبى الثلاثة: الكبار و الإصرار على صغيرة أو صغائر و ما يخل بالمروءة، و الفاسق من فعل كبيرة أو أدمن على صغيرة، انظر فيما تقدم: مغنى المحتاج ج٤ ص٢٥٩، تكملة المجموع ج١٨ ص٤٦٣، تكملة رد المختار ج٧ ص٧٨، ١١١، ١٦١، كشف القناع ج٦ ص٤١٦، تبصرة الحكام ج١ ص٢٥٩ رسائل ابن نجيم ص٢٥٥-٢٦٤.

ناقضاً للمروءة، لعدم مبالاته، فلا تقبل شهادته(١)

(٣) نومه بين جالسين و خروجه عن مستوى الجلوس اللائق بلا عذر، كمن يمد رجله في حضرة من يحتشمه، و يجب عليه احترامه لعلم أو كبر سن أو مكانة، لما في ذلك من سوء أدب و عدم مبالاة، و لهذا لا تقبل شهادته، لأنه لا مروءة له، و مثله لا يبالي بالكذب.

أما مد الرجل بعذر فلا يقح في مروءته، لا يكلف الله نفساً إلا وسعها، و لأن الضرورات تبيح المحظورات.

كذلك لا يقدر في مروءته مد رجله أمام أولاده أو تلامذته، لأنه لا يدل على الاستهتار أو التكبر و إنما هو من باب المباشطة.

(٤) الطفيلي - و هو الذي يأتي طعام الناس من غيره دعوة حتى صار ذلك عادة له.

يقول ابن قدامة في المغنى: لا تقبل شهادة الطفيلي و هو الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة، و بهذا قال الشافعي و لا نعلم فيه خلافاً، و ذلك لأنه يروي عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: "من أتى إلى طعام لم يدع إليه دخل سارقاً و خرج معيراً".

و لأنه يأكل محرماً و يفعل ما فيه سفه و دناءة و ذهاب مروءة، فإن لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته.

و يقول صاحب تكملة رد المختار الحنفي: لا تقبل شهادة الطفيلي، و هو من يتبع الدعوات من غير أن يدعى و صار عادة له، و إن أثم بكرة بلا خلاف.

(١) كشف القناع ج٦ ص٤١٧، تكملة رد المختار ج٧ ص١١٣.

كذلك مما يخل بالمروءة: الأكل ممن غلب على طعامه الحرام وإجابة
دعوته لغير عذر(١)

(٥) من يتحدث أمام الناس بما يجري بينه وبين أهل بيته، لما في ذلك من
الدناءة و قلة المبالاة، يقول صلى الله عليه وسلم: "إن من شر الناس
موتلة يوم القيامة الرجل يفضي إلى المرأة ثم يفشي سرها".

و من ذلك أيضاً مخاطبتها بخطاب فاحش بين الناس.(٢)

(٦) حاكمي المضحكات، أي المكثرون من الحكايات المضحكة للحاضرين، بحيث
يصير ذلك عادة له، و سواء فعل ذلك لجلب دنيا تحصل له من الحاضرين
أم مجرد المباسطة، لأنه يدل على قلة المبالاة.

و كذلك، محاكي الناس و هو الذي يشابههم و يقلدهم في القول أو
الفعل لأنه من الغيبة، و من ذلك: المتزي بزي يسخر منه، و نحو ذلك من
كل ما فيه سخفة و دناءة، لأن من رضيه لنفسه و استخفه ، فليس له
مروءة و لا تحصل الثقة بقوله.(٣)

(٧) البخل، يعتبر البخل قادحاً في المروءة:

يقول ابن نجيم في مختصره علم القضاء: عن أبي حنيفة لا تقبل شهادة
البخيل.

و في الفتح على الهداية، لا تقبل شهادة البخيل ، و في الفقه المالكي:

لا تقبل شهادة البخيل، لأنه غير مرضي.

(١) المغنى جـ ١٢ ص ٤٩، تكملة رد المختار جـ ٧ ص ١٤٧، الإنصاف جـ ١٢ ص ٥٤، رسائل ابن نجيم ص ٢٥١.

(٢) كشف القناع جـ ٦ ص ٤١٨، تبصرة الحكام جـ ١ ص ٢٦٦.

(٣) الإنصاف جـ ١٢ ص ٥٣.

و هل البخل المانع من قبول الشهادة، مقيد بوصف أوحده، أم هو مطلق البخل،
رأيان في المذهبين:

أحدهما: أن المراد بالبخل من يبخل بالواجبات كالزكاة و نفقة الأقارب و الزوجات.
ثانيهما: أنه على إطلاقه فلا يختص بوصف دون آخر و لا بحالة دون أخرى. و قد علل
الحنفية عدم قبول شهادة البخيل بأمرين:

الأمر الأول - بأن الكرم أمانة تدل على شرف النفس و زيادة في الكمالات النفسية،
و ضده البخل من الأفعال الذميمة التي يلوم على مثلها الفضلاء، فصار كالأكل في
الأسواق و التبول في الطرقات، و هما قاذحان في المروءة فكذلك البخل.
الأمر الثاني - أن البخل لما كان مصدره الشح و الحرص و الميل إلى الدنيا، لا يؤتمن من
هذه حالته أن يستمال بشيء من الدنيا لأجل شهادته. (١)

- (٨) السائل - يقصد بالسائل من يسأل الناس من غير أن تحل له المسألة.
يقول صاحب المغنى: و من سأل من غير أن تحل له المسألة فأكثر، ردت شهادته،
لأنه فعل محرماً و أكل سحتاً و أتى دناءة، و قد روى مسلم عن قبيصة قال: قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم: "إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل أصابته جائحة (٢)
فاجتاح ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش، و رجل أصابته فاقة (٣)
حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه، لقد أصابت فلاناً فاقة فحلت له المسألة
حتى يصيب قواماً من عيش، و رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك،
(١) الفتح على الهداية جـ ٧ ص ٤١٤، مختصر في علم القضاء لابن نجيم (رسالة ماجستير) ص ١٢٨، ١٢٩،
تكملة رد المحتار جـ ٧ ص ١٤٧، تبصرة الحكام جـ ١ ص ٢٦٥.
(٢) الجائحة: استئصال المال و هلاكه بأفة سماوية أو أرضية كالبرد و الفرق بحيث لم يبق له ما يقوم بعيشه.
(٣) الفاقة: الفقر و الحاجة و هذا محمول على من كان معروفاً على من كان معروفاً بالغنى ثم افتقر، أما إذا لم يكن
كذلك فإنه يحل له السؤال و إن لم يشهدوا له.

فما سوى ذلك من المسألة فهو سحت يأكله صاحبه سحتاً يوم القيامة. (١)
 و أما السائل ممن تباح له المسألة فلا ترد شهادته بذلك، إلا أن يكون أكثر عمره
 سائلاً ، أو يكثر ذلك منه، فينبغي أن ترد شهادته، لأن ذلك دناءة و سقوط مروءة. (٢)
 (٩) الجدل يخل بالمروءة، و يقصد به إقحام الغير و تعجيزه و تنقيصه بالقدح في
 كلامه، و كذلك الإعتراض على كلام الغير بإظهار خلل في لفظه أو في معناه،
 إذا لم يكن في الدين.

(١٠) العصبية و نعي بها تعصب الرجل للرجل، لأنه من بنى فلان أو من قبيلة
 كذا ، أو بغضه له لأنه من حزب فلان أو من أصحابه أو من أقاربه أو منسوبيه،
 لأنه لعصيته لا يؤمن أن يشهد بزور، و على هذا كل متعصب لا تقبل شهادته.
 نص على ذلك الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة. (٣)

(١١) الألعاب الملهية، كمن يلعب بالنرد أو يشتهر بلعب الشطرنج أو غيرها من كل
 ما ذكره الفقهاء أو أحدثه الناس، و ذلك لأن هذه الألعاب و ما مائلها تشغل
 صاحبها و تبعده عن واجباته الشرعية، فتخل بمروءته.

و عامة من الفقهاء على أن اللعب بالنرد حرام و ترد به الشهادة لفسق
 لاعبه، و سواء لعب به قماراً أو غير قمار، لقوله صلى الله عليه وسلم فيما
 أخرجه مالك و أحمد و غيرهما من أصحاب السنن.

"من لعب بالنرد فقد عصى الله و رسوله " و قوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرجه

(١) سبل السلام ج٢ ص ١٤٦ و الحمالة أن يتحمل الإنسان عن غيره ديناً أو دية أو يصالح بمال بين طائفتين
 حتى و لو كان غنياً، فإنه لا يلزمه تسليمه من ماله.

(٢) المغني و الشرح الكبير ج١٢ ص ٤٩، تبصرة الحكام ج١ ص ٢٧١.

(٣) تكملة رد المختار ج٧ ص ١٤٧، شرح روض الطالب عن أسنى المطالب ج٤ ص ٣٥٢ حاشية الدسوقي

على الشرح الكبير ج٤ ص ١٨١، تبصرة الحكام ج١ ص ٢٦٤.

مسلم "من لعب النرد فكأنما غمس يده في لحم الخنزير و دمه" (١) و ذكر ابن فرحون المالكي في التبصرة نقلاً عن كساب ابن المواز، أن عدم قبول شهادة من يلعب بالنرد، مقيدة بما إذا كان يقامر عليه. أو كان مد مناله من غير مقامرة. (٢)

أما اللعب بالشطرنج، فإن ترتب عليه وجود واحد من ست، فلا خلاف في سقوط عدالته و عدم قبول شهادته و هي:

- ١- أن يقامر به، لأن القمار ميسر و هو منهى عنه بالنص.
 - ٢- أن يفوت وقت الصلاة بسببه.
 - ٣- أن يخلف عليه كثيراً بالكذب.
 - ٤- أن يذكر عليه فسقاً، أي ما يؤدي باللاعب إلى تفسيقه كالشتم و القذف و الغناء المحرم.
 - ٥- المداومة عليه لأن المداومة دليل التلهي به، و يلزمه غالباً الإخلال ببعض الواجبات.
 - ٦- أن يلعب به على الطريق و على مرأى من الناس، أو يفعل في لعبه ما يستخف به من أجله و نحوه مما يخرج عنه المروءة.
- و إن لم يترتب على اللعب بالشطرنج واحد من الست المذكورة، فعلى ما ذهب إليه الشافعية و المالكية في رواية و محققى الحنفية و الحنابلة في قول أبي بكر، أنه لا تسقط عدالته و لا ترد شهادته، لأن الأصل في الأشياء الإباحة، و لم يرد بتحريمه نص و لا هو في معنى النصوص عليه فيبقى على الإباحة مادام اللعب به لا يخل بالواجب و قد ورد:
- روحوا القلوب ساعة فساعة، و لأن الإنسان كما يقول المالكية لا يخلو من هو و فرح
- (١) الأدب المفرد للبخاري ص ٣٢٧، ٣٢٨ الحديثان ١٢٧٢، ١٢٧٦.
- (٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٦٤، الشرح الكبير و حاشية الموسوي ج ٢ ص ١٦٦.

يسير.

و ذهب الحنابلة في الصحيح من المذهب و لما لكية في رواية إلى أن اللعب بالشطرنج حرام كالنرد (٢) و إن لم يترتب عليه وجود واحد من الست المذكورة، لأنه في معنى اللعب بالنرد المتصوص على تحريمه، و غايته أن النرد أكثر منه في التحريم لورود النص فيه، لكن الشطرنج في معناه فيثبت فيه حكمه قياساً عليه.

و الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء و هو أن اللعب بالشطرنج إذ خلا من الست المذكورة، لا تسقط به العدالة و يكون فاعله مقبول الشهادة، لأنه ليس حراماً حينئذ و لكن تركه أولى من فعله.

و يفارق الشطرنج النرد في وجهين:—

الأول: أن في الشطرنج تدبير الحروب فأشبه اللعب بالحرب و المسابقة بالخيال.

الثاني: أن المعول عليه في النرد على ما يخرج الزهر. أو القصان فأشبه الأزلأم، و المعول عليه في الشطرنج على حذقه و تدبيره فأشبه المسابقة بالسهام، وهما مباحا .

و لذا قال بعض المحققين: إنما حرم النرد و لم يحرم الشطرنج لأن المخطيء في الشطرنج إنما يجعل خطؤه على فكره و المخطيء في النرد يحيله على القدر و هذا كفر، و ما يفضي إلى الكفر حرام.

(١) النرد: لعبة ذات صندوق و حجارة و فصين من العظم و نحوه، تعرف باسم: الطاولة. و أول من وضع النرد: ازدشير أحد ملوك الفرس، و لذا يقال له: النردشير، وضع النرد و ضربه مثلاً للقضاء و القدر، و أن الإنسان ليس له تصرف في نفسه لا يملك لها نفعاً و لا يدفع عنها ضرراً، بل هو مصرف على حكم القضاء و القدر، معرض طوراً للنفع و طوراً للضرر، و جعله تمثيلاً للحظ الذي يتاله العاجز بما يجري لديه، انظر تكملة رد اختار جـ ٧ ص ١٥٧.

(٢) تبصرة الأحكام جـ ١ ص ٢٦٤، المعنى و الشرح الكبير جـ ١٢ ص ٣٧، ٣٨، تكملة رد اختار جـ ٧ ص ١٥٧، ١٥٨ تكملة المجموع شرح المهذب جـ ١٨ ص ٢٦٤، الإنصاف جـ ١٢ ص ٥٢.

ثانياً: ما يخل بالمروءة من الحرف و الصناعات:-

-الحرفة إما دنيئة و إما شريفة-

و قد مثل الفقهاء الحرفة الدنيئة:

بالزبال و الحائك و الحجام و النخال و النفاط(١) و القمام و القراد و الكباش(٢)
و نحوهم على اختلاف فيما بينهم في دناءة بعض هذه الحرف و شرفها.
و مثلوا الحرفة الشريفة:

بالتجارة و الزراعة و كمن كان أستاذاً في الصناعة(٣) و أصحاب العقارات
و قد اختلف الفقهاء في قبول شهادة أصحاب الحرف الدنيئة على قولين:
القول الأول- لا تقبل شهادتهم.

ذهب إلى ذلك: المالكية و الشافعية في قول و الحنابلة في رواية.(٤)

القول الثاني- تقبل شهادتهم، إذا كانت طريقتهم في الدين حسنة.

ذهب إلى ذلك: الحنفية و الشافعية في قول و الحنابلة في الأصح.(٥)
استدل أصحاب القول الأول على عدم قبول شهادة أصحاب الحرف الدنيئة،
بأن هذه مهن دنيئة، يتجنبها أهل المروءة و يتعزرون بها، لأنها نقص في عرف الناس،
و شرط المروءة مبناه على العرف و العادة و من ثم تكون مستقبحة في عرفهم.

(١) النفاط: مستخرج النفط من مصرفه.

(٢) الكباش: من يلعب بالكيش يناطح به.

(٣) الاستاذ في الصناعة: من يتقيل الأعمال و معه أجراء يعملون له، رد المختار ج٢ ص٤٤٢.

(٤) تكملة المجموع ج١٨ ص٤٦٣، الإنصاف ج١٢ ص٥٥ المغنى و الشرح ج١٢ ص٣٤ شرح

الزركشي ج٧ ص٣٣٨.

(٥) المراجع السابق ذكرها.

و استدل أصحاب القول الثاني على قبول شهادتهم، بأن الحرفة ليست بنقص و ليست لازمة للشخص، فالمرء تارة يحترف بحرفة نفيسة و تارة يحترف بحرفة خسيصة، و من ثم فلا يعد ذلك عيباً فيه، لأن العبرة في الشهادة للعدالة لا للحرفة، فإن بعض أصحاب الحرف الدينية عنده من الدين و التقوى ما ليس عند كثير من أرباب الواجهة و أصحاب المناصب و ذوي المراتب.

و الراجح ما ذهب إليه القائلون بقبول شهادتهم، لأن قول الله تعالى: "إن أكرمكم عند الله أتقاكم" يدل على أن ماعدا التقوى غير ملتفت إليه و غير معول عليه قال صلى الله عليه وسلم "أيها الناس إن الله قد أذهب عنكم عيبة الجاهلية و تعاظمها بأبائها، فالناس رجالان، رجل تقى كريم على الله و فاجر شقي هين على الله، و الناس بنوا آدم و خلق الله آدم من تراب".

فهذا الحديث يدل على أن الناس سواسية لا فضل لأحدهم على الآخر إلا بالتقوى و العمل الصالح و من أبطأ به عمله لم تسرع به حرفته. هذا و ما يخل بالمروءة و ما لا يخل مداره على العرف و العادة، و من ثم فهو يختلف بإخلاف الأشخاص و الأحوال و الأزمان، فما يستقبح من شخص و في حال أو مكان، لا يستقبح من غيره في زمان آخر أو في مكان آخر.

الفرع الثامن

في

اشتراط البصر

أداء الشهادة إما أن يكون على فعل أو قول:-

١- فإن كان على فعل أو صفة مرئية فلا خلاف في أنه يشترط في الشاهد

أن يكون بصيراً، فإن كان أعمى فلا تقبل شهادته، لما سبق أن ذكرنا

من أن طريق العلم بالأفعال و الصفات إنما هو المشاهدة و المعاينة،
و ذلك غير ممكن بالنسبة للأعمى.

٢- أما إذا كانت على قول فإن الراجع من أقوال الفقهاء كما أوضحنا
ذلك عند الكلام على شروط تحمل الشهادة أن شهادته تقبل، إذا تيقن
الصوت و عرف المشهود عليه يقيناً.

هذا هو حكم أداء الشهادة من كان مبصراً أو أعمى وقت التحمل.
أما لو كان الشاهد مبصراً وقت التحمل ثم كف بصره قبل الأداء أو بعد الأداء
و قبل القضاء، فإنه على ما ذهب إليه المالكية و الحنابلة و الشافعية و أبو يوسف.
من الحنفية، تقبل شهادته، إذا كان المشهود له و المشهود عليه معروفين بالاسم
و النسب، لإمكان الشهادة عليهما، فيقول الشاهد أشهد أن فلان بن فلان فعل كذا أو
أمر بكذا، لأنه في هذا كالبصير.

أما إذا كان لا يعرف المشهود عليه باسمه و نسبه أي عينه، فعلى ما ذهب إليه
الحنابلة، إن تيقن صوته لكثرة إلفه له، صح أن يشهد، و على ما ذهب إليه الشافعية،
إذا كان الشاهد لا يعرف المشهود عليه إلا بالعين و هو خارج عن يده، فلا تقبل
شهادته، لأنه لا علم له بمن يشهد عليه.

و الحكم كذلك فيمن أدى الشهادة و هو مبصر ثم كف بصره قبل القضاء
بشهادته، لأن طروء العمى بعد أداء الشهادة لا يورث قسمة في حال الشهادة، فلا يمنع
قبولها كالموت. (١)

(١) تبصرة الحكام ج١ ص ٢٤٣، المغنى و الشرح ج١٢ ص ٦٢، ٦٣، نهاية المحتاج ج٨ ص ٢٠٠ مغنى
المحتاج ج٤ ص ٤٤٦، تكملة رد المحتار ج٧ ص ١٢٢، معين الحكام ص ٧٠، لسان الحكام ص ٢٤٣،
هذا و قد قيد الحنفية قبول شهادة الأعمى حيث لا يحتاج إلى الإشارة، و بما كان في غير الحدود.

و ذهب أبو حنيفة إلى أن من تحمل الشهادة و هو مبصر ثم كف بصره قبل الأداء لا تقبل شهادته، كما لا تقبل كذلك، لو أدى و هو مبصر ثم كف قبل القضاء بها. لأن الأعمى، لا يقدر على تمييز من يشهد عليه، و لأن استمرار الأهلية للشهادة شرط قبولها، و هو عند القضاء لم يكن أهلاً للشهادة، فلا تقبل شهادته. (١)

و الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، و هو قبول الشهادة ممن تحملها و هو مبصر ثم كف بصره قبل الأداء أو بعد الأداء و قبل القضاء بها، متى كان المشهود له و المشهود عليه معرفين له، لأنه حينئذ يشهد على من يعلمه يقيناً، إلا إذا كانت الشهادة في حد، لأن الحدود تدراً بالشبهات و الخلاف في ذاته شبهة، و لأن الشاهد في الحدود يحتاج إلى التمييز بين المشهود له و المشهود عليه و الإشارة إليهما و الأعمى لا يمكنه ذلك، و ذلك شبهة.

الفرع التاسع

في

اشتراط النطق

يقصد بالنطق هنا، أن يعبر الشاهد بلسانه عما شاهده من أفعال أو سمعه من أقوال. و قد اختلف الفقهاء في اشتراط أن يكون الشاهد ناطقاً غير أخرس على قولين:

القول الأول - لا يشترط في الشاهد أن يكون ناطقاً، فتقبل شهادة الأخرس بإشارته أو كتابته كما تقبل شهادة الناطق بلسانه.

ذهب إلى ذلك: المالكية و الشافعية في قول ابن المنذر. (٢)

القول الثاني - يشترط في الشاهد أن يكون ناطقاً، فلا تقبل شهادة الأخرس لا إشارة

(١) تكملة رد المحتار ج ٧ ص ١٢٣، معين الحكام ص ٧٠، لسان الحكام ص ٢٤٣.

(٢) تكملة ج ١٨ ص ٤٦٧، تبصرة الحكام ج ١٢ ص ٦٣، ٦٤.

و لا كتابة.

ذهب إلى ذلك: الحنفية و الحنابلة في الصحيح من المذهب و الشافعية في قول (١):
و غايته أن بعض الحنابلة ذهب إلى أن شهادة الأخرس مقبولة في الأمور التي تدرك
بحاسة البصر كالأفعال مثل الضرب و القتل و الغصب و نحو ذلك، إذا أداها بخطه، لأن
الكتابة وسيلة للتعبير كالكلام. (٢)

استدل القائلون بقبول شهادة الأخرس، بأن الأخرس يتعقد زواجه و يقع طلاقه
و يصح إيلاؤه و ظهاره بإشاراته المفهومة، فكذلك تصح شهادته بإشارته المفهومة،
و لأن تعبيره إنما يحصل بإشارته المفهومة عرفاً، فمن ثم قامت إشارته مقام عبارة الناطق.
و استدل ابن المنذر بأن النبي صلى الله عليه وسلم، أشار و هو جالس في الصلاة
إلى الناس و هم قيام أن أجلسوا فجلسوا، و هذا دليل على صحة الإشارة من الناطق.
و استدل القائلون بعدم قبول شهادة الأخرس، بأن التعبير بالإشارة يورث لدى
السامع شبهة و الشهادة يعتبر فيها اليقين و ذلك لا يتأتى إلا بالنطق و إنما اكتفى
بإشارته في أحكامه المختصة به من النكاح و الطلاق للضرورة، لأنها لا تستفاد إلا من
جهته، و لا ضرورة إلى شهادته، لأنها تصح من غيره بالنطق فلا تجوز بإشارته.

أما ما استدل به ابن المنذر فيجواب عنه بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان قادراً
على الكلام، و إنما عمل بالإشارة، لأنه كان في صلاة و الصلاة يبطلها الكلام.

و الراجح ما ذهب إليه القائلون بعدم قبول شهادة الأخرس بإشارته، لأن الشهادة
يعتبر فيها اليقين، و دلالة الإشارة على المقصود يكتنفها الإحتمال و ذلك يورث
التهمة في شهادته، و إنما قبلت إشارته المفهومة في عقود الضرورة حتى لا تعطل

(١) تكملة رد اختار جـ ٧ ص ١٢٣، المنى و الشرح جـ ١٢ ص ٦٣، ٦٤.

(٢) منتهى الإيرادات جـ ٢ ص ٦٥٧.

عليه مصالحه، و بناء على ذلك، فإن الأخرس لو كان يعرف القراءة و الكتابة، فإن شهادته تقبل، لأن الكتابة لا لبس فيها و لا إبهام بخلاف الإشارة.

الفرع العاشر

في

اشتراط أن يكون الشاهد يقظاً

يقصد بتيقظ الشاهد، حفظه لما يشهد به و عدم غفله عنه، بأن يكون ذا كراً له غير شاك فيه لأن هبني الشهادة على اليقين و القطع، فلا تقبل شهادة من يغفل و لا يضبط الأمور و لا من يكثر غلظه أو نسيانه، لأن كلام الشاهد محمول على الصدق ، و من يكثر غلظه أو نسيانه لا يوثق بقوله و لا يغلب على الظن صدقه، لاحتمال أن يكون ما يقوله من غلطاته.

و لا يمنع من الشهادة وجود غلط نادر أو غفلة نادرة، لأن أحداً لا يسلم من ذلك فلو منع ذلك، لانسد باب الشهادة، فاعتبرت الكثرة في المنع كما اعتبرت كثرة المعاصي في الإخلال بالعدالة.(١)

الفرع الحادي عشر

في

اشتراط السمع

لا نزاع في أنه يعتبر في الشاهد أن يكون موثقاً بقوله لتحصل غلبة الظن بصدقه و لا يتحقق ذلك إلا بسلامة حواسه التي تؤهله لإدراك كنه ما يشهد به و يستطيع أن يميزه عن غيره و يعبر عنه يعبر يتلاقى مع الواقع فعلاً.

(١) المغني و الشرح جـ ١٢ ص ٦٠، تكملة رد المختار جـ ٧ ص ٦٤، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٢٦.

و من هنا اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الشاهد إذا كان المشهود به قولاً، كعقد أو فسخ أو طلاق أو إقرار، أن يكون سامعاً، فإن كان أصم فلا تقبل شهادته، لأن المعول عليه في الأقوال سماعها^(١)، و الأصم لا يمكنه ضبط الأقوال و لا سماعها. لكن إذا كان الأصم قد سمع الأقوال قيل صممه جازت شهادته بما سمعه، لأنه في ذلك كمن ليس به صمم.^(٢)

أما إذا كانت الشهادة على فعل كالضرب مثلاً، فتقبل شهادته لإبصاره الفعل و مشاهدته له و قدرته على ضبطه ببصره و التعبير عنه بلسانه.

(١) عند الحنفية و الشافعية كما ذكرنا من قبل لا يكفي مجرد سماع القول، بل لابد مع ذلك من مشاهدة القائل و ذلك لا يحصل إلا بالبصر.

(٢) كشف القناع ج ٦ ص ٤٢١.

المبحث الرابع
في
موانع الشهادة وفيه مطالب
المطلب الأول
في

ألا يكون الشاهد متهماً في شهادته

التهمة في الشهادة تعني الظن والشك والإرتياب في صدقها، وبناء على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فإن على القاضي إذا ارتاب في شهادة الشاهد أن يردّها ولا يقبلها ولو كان الشاهد عدلاً.

وقد دل على رد شهادة المتهم في شهادته القرآن الكريم وقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وما أثر عن الصحابة رضوان الله عليهم. أما القرآن الكريم فقولته تعالى: "ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا" (١) والريية حاصلة في المتهم.

وأما قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم، فما رواه ابن أبي شيبة وأبو داود في المراسيل والبيهقي والحافظ وعبد الرزاق عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال: قضى رسول الله الله ألا شهادة لخصم ولا ظنين والظنين هو المتهم (٢).

و أما الآثار: -

فأولاً: ما رواه مالك في الموطأ، أن عمر رضي الله عنه قال: لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين. (٣)

(١) آية رقم ٢٨٢ سورة البقرة.

(٢، ٣) انظر التخریج هامش شرح الزركشي ج ٧ ص ٣٤٥، نيل الأوطار ج ٨ ص ٣٢٨.

و ثانياً: ما جاء في كتاب عمر رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري، المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد أو مجرباً عليه شهادة زور أو ظنياً في ولاء أو قرابة. يقول ابن القيم في أعلام الموقعين: وهذا الكتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول وبنوا عليه أصول الحكم و الشهادة، و الحاكم و المفتي أحوج شيء إليه و إلى تأمله و التفقه فيه. (١)

ثالثاً: ما روى عن الزهري قال: "مضت السنة في الإسلام ألا تجوز شهادة خصم و لا ظنين" (٢) و تحصل التهمة في الشاهد بأسباب القرابة و الزوجية و العداوة و نحوها من كل ما يؤدي إلى الريبة في الشاهد، كما تحصل التهمة في شهادته، إذا كان من شأها أن تجلب له منفعة أو تدفع عنه مضرة و فيما يلي نعالج هذه الأسباب.

المطلب الثاني

في

شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله

يقصد بالأصل هنا: الأصل النسبي و يشمل الأب و الأم و الجد و الجدة لأب أو أم، و بالفرع الولد النسبي و ولد الولد ذكراً أو أنثى. و قد اختلف الفقهاء في قبول شهادة الأصل للفرع و الفرع للأصل على أربعة أقوال.

القول الأول: لا تقبل شهادة الأصل لفرعه و لا الفرع لأصله.

ذهب إلى ذلك: الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة في ظاهر المذهب.

(١) اعلام الموقعين ج١ ص ٧٧، ٧٨، الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٣٩، ١٤٠.

(٢) شرح الزركشي ج٧ ص ٣٤٤، المغني و الشرح ج١٢ ص ٥٩.

و هو قول أكثر أهل العلم كما يقول: الترمذي. (١)

القول الثاني: تقبل شهادة الأصل لفرعه و الفرع لأصله مطلقاً.

ذهب إلى ذلك: شريح و أبو ثور و الظاهرية. (٢)

القول الثالث: تقبل شهادة الأصل لفرعه و الفرع لأصله، فيما لا تهمه فيه كالنكاح

و الطلاق. و ذهب إلى ذلك الحنابلة في رواية اختارها ابن القيم. (٣)

القول الرابع: تقبل شهادة الفرع لأصله و لا تقبل شهادة الأصل لفرعه.

ذهب إلى ذلك: الحنابلة في رواية. (٤)

استدل القائلون بعدم قبول شهادة الأصل لفرعه و الفرع لأصله بما يأتي:

أولاً: بما صح عن طلحة بن عبد الله بن عوف، أن الرسول صلى الله عليه وسلم "قضى

ألا شهادة لخصم و لا ظنين" (٥)

و ما صح كذلك مما أثر عن الصحابة و التابعين.

حيث الحديث و الآثار، ردت شهادة الظنين و هو المتهم.

و لما كانت التهمة متشرة و غير منضبطة و لا يمكن التعليل بها لاختلافها باختلاف

الأشخاص و الأحوال، نيطت بأوصاف ظاهرة يمكن التحقق من وجودها و عدم

(١) بداية المجتهد و نهاية المقتصد ج٢ ص ٤٥٣، الاختيار لتعليل المختار ج٢ ص ١٤٧، شرح الزركشي ج٢

٧ ص ٣٤٨، مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٣٤، تكملة المجموع ج١٨ ص ٤٧٠، تبصرة الحكام ج١ ص

٢٦٦.

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ٤٥٣، المغنى و الشرح ج١٢ ص ٦٤٤.

(٣، ٤) شرح الزركشي ج٧ ص ٣٤٨، ٣٤٩، المغنى و الشرح ج١٢ ص ٦٤٤، ٦٥، اعلام الموقعين ج١

ص ١١١، ١١٨، ١١٩.

(٥) انظر في التخريج نيل الأوطار ج٨ ص ٣٢٨، هامش شرح الزركشي ج٧ ص ٣٤٥ سبل السلام ج٤

ص ١٢٨.

وجودها، و منصبطة ذات حقيقة معينة لا تختلف باختلاف الأشخاص و الأحوال.
و من تلك الأوصاف وصف الأبوة و البنوة، فإنه وصف مناسب لعدم قبول شهادة
كل منهما للآخر، للميل الناشئ من اتصال المنافع و القرابة و ميل الطبع الفطري
و الغريزي.

ثانياً: بما رواه ابن أبي شيبة و عبد الرزاق عن شريح أنه قال: لا تقبل شهادة الوالد
لولده و لا الولد لوالده.

و ما رواه ابن أبي شيبة بسنده عن الحسن أنه كان يقول: لا تجوز شهادة الرجل
لابنه و لا شهادة الابن لأبيه.

ثالثاً: إذا شهد الأصل لفرعه أو الفرع لأصله فكأنه يشهد لنفسه، و ذلك لما بينهما
من البعضية و الجزئية، و لذا قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه البخاري: فاطمة بضعة
مني يؤزني ما رأها و يؤذيني ما آذاها.

و لأن كلامهما يميل إلى الآخر بطبعه، و ماله كما له، فكان لذلك متهماً في شهادته
كتهمة العدو في شهادته على عدوه. (٢)

و استدل القائلون بقبول شهادة الأصل لفرعه و الفرع لأصله، بالكتاب و المعقول.
أما الكتاب:

فأولاً قوله تعالى "و استشهدوا شهيدين من رجالكم" (٣)

وجه الدلالة:

أولاً- أن الله تعالى أمر بشهادة رجلين أمراً عاماً، فيتناول الأصول و الفروع كما يتناول

(١) مصنف: ابن أبي شيبة ج ٧ ص ٢٠٥، مصنف عبد الرزاق ج ٨ ص ٣٤٤.

(٢) الاختيار لتعليل المختار ج ٢ ص ١٤٧، المغني و الشرح ج ١٢ ص ٦٥.

(٣) آية رقم ١٣٥ سورة النساء.

غيرهم من سائر العدول.

ثانياً: قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله و لو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين" (١)

وجه الدلالة من الآية الكريمة:-

دلت الآية الكريمة على أن على الشاهد أن يؤدي الشهادة و لو كانت على النفس أو الوالدين و هذا أمر عام لا يستثنى منه إلا ما خصه الإجماع من شهادة الإنسان لنفسه، و أما ما عدا شهادة الإنسان لنفسه فيبقى على أصل القبول. اعترض على وجه الدلالة من الآيتين:-

بأنه من العام المخصوص بقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تقبل شهادة ظنين" و الظنين هو المتهم، و هذا متهم لأنه يميل إليه ميل الطبع. و بأن الأمر بالشهادة في الآية الثانية، ليس على إطلاقه بل هو في الشهادة عليه و ليس في الشهادة له. فلا دلالة في الآية على قبول شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله.

أما المعقول. فهو أن الأصول و الفروع كغيرهم في العدالة، فكانوا كغيرهم في الشهادة.

اعترض على الاستدلال بالمعقول، بأنه لو صح لصحت شهادة الإنسان لنفسه، لأنه كغيره في العدالة، و الإجماع قائم على بطلان شهادته لنفسه، فكذلك شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله.

و استدل ابن القيم لما روى عن الإمام أحمد، أن شهادة الأصل لفرعه و الفرع لأصله جائزة فيما لا قيمة فيه، بأن الشارع الحكيم لم يعلق عدم قبول الشهادة بوصف الأبوة أو (١) آية رقم ١٣٥ سورة النساء.

البنوة أو الأخوة، وإنما علق عدم القبول بالتهمة لا بمظنتها فالتهمة هي الوصف المؤثر في الحكم، فيجب تعليق الحكم بما وجوداً أو عدماً، إذا وجدت التهمة وجد المانع من قبول الشهادة و لو كان الشاهد أباً أو ولداً أو أجنبياً، وإذا لم توجد قبلت الشهادة و لو كان الشاهد أباً أو ولداً. (١)

اعترض على هذا الدليل:

بأن التهمة غير منضبطة فلا تصلح لتعليق الحكم عليها بذاتها، وإنما تعلق على وصف ظاهر منضبط يمكن التحقق من وجوده و عدم وجوده، و الأبوة أو البنوة وصف ظاهر منضبط يصلح لتعليق الحكم عليه.

و استدل القائلون بقبول شهادة الابن لأبيه و عدم قبول شهادة الأب لابنه بأن مال الابن في حكم مال الأب، له أن يمتلكه إذا شاء، فشهادته له شهادة لنفسه أو يجربها لنفسه نفعاً، قال صلى الله عليه وسلم "أنت و مالك لأبيك" و لا يوجد هذا المعنى في شهادة الابن لأبيه.

اعترض على هذا الدليل:

بأنه لا فرق بين مال الأب و مال الابن، لأن الأب إذا كان له أن يمتلك مال الابن في الحال، فإن الابن يمتلك مال الأب في المال عن طريق الوراثة و ذلك منفعة للولد تورث التهمة في شهادته لأبيه، فكأنه يشهد لنفسه لما بينهما من المنافع المتبادلة. هذه هي أقوال الفقهاء في شهادة الأصل للفرع أو الفرع للأصل، و بالتأمل فيها يتبين أن أرجحها ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، و هو أن شهادة كل منهما للآخر لا تقبل لقوة أدلته.

(١) اعلام الموقعين ج١ ص ١١٥.

و لأن شهادة كل منهما للآخر كشهادته لنفسه لتبادل المنافع فيما بينهما، فنفس كل منهما كنفس الآخر، و مال كل منهما كمال الآخر، و لهذا لا يجوز أداء الزكاة من كل منهما للآخر.

و لأن الولد بضعة من أبيه يسره ما يسره و يحزنه ما يحزنه، قال صلى الله عليه وسلم "فاطمة بضعة مني يربيني ما رابها و يؤذيني ما آذاها" و يقول عليه أفضل الصلاة و السلام: "أنت و مالك لأبيك و إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه و إن ولده من كسبه" و لهذا يعتق عليه إذا ملكه و يستحق عليه النفقة إذا احتاج و يرثه إذا مات.

يقول ابن العربي المالكي: إن القول بقبول شهادة الأب لوالده أو الولد لوالده مبني على أن السلف كانوا يتسامحون في قبول هذه الشهادة، و المنقول عن السلف أنهم كانوا لا يصرحون برد هذه الشهادة و لا يحذرون من قبولها، لصالح الناس يومئذ، فلما دخل الناس و فسدت أحوالهم، وقع التحذير من قبول هذه الشهادة و نبه العلماء على أن أصل الشريعة عدم جواز شهادة الوالد لولده و لا الولد لوالده، و كيف تقبل و قد جعله الله جزءاً منه في الإسلام و تبعاً له في الإيمان، فهو مسلم بإسلام أبيه و ماله لأبيه حياً و ميتاً و هكذا في أصول الشريعة.

هذا و لا خلاف في أنه تجوز شهادة الرجل لإبنه من الرضاعة و أبيه منهما، لأنه لا نسب بينهما يوجب الإنفاق و الصلة و عتق أحدهما على صاحبه و تبسطه في ماله بخلاف قرابة النسب.

فروع فقهية مترتبة على شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله

الفرع الأول:-

إذا شهد الأب لأحد ولديه على الآخر أو شهد الولد لأحد أبويه على الآخر. ما الحكم.

أجاب ابن فرحون قال: اختلف فقهاء المالكية قال ابن محرز و الصواب الإجازة ما لم يكن ميل للمشهود له أو قممه. (١)

الفرع الثاني:-

إذا ولدت امرأة ولداً فادعت أنه من زوجها هذا و جحد الزوج ذلك فشهد أبوه و ابنه على إقرار الزوج أنه ولده من هذه المرأة و قد أجاب الحنفية و الشافعية، بأن شهادتهما تقبل. و قد علل الحنفية قبول الشهادة بأنها شهادة على الأب، و شهادة الأصل على فرعه أو الفرع على أصله مقبولة.

أما الشافعية فعملوها. بأنها شهادة ضمنية، ذلك لأن محل عدم قبول شهادة الأصل لفرعه و عكسه، إذا لم يكن ضمناً، فإن كان ضمناً صح كما في هذا المثال و حينئذ تقبل شهادة الأب و إن كان في ضمنه الشهادة لحفيده احتياطاً لأمر النسب. (٢)

الفرع الثالث:-

إذا شهد أولاد على أبيهم بأنه طلق أمهم، فعلى ما ذهب إليه الحنفية في الراجح تقبل شهادتهم، و إن كانت شهادة للأم، لأن الطلاق تصح فيه الشهادة حسبة، لأن الشهادة بالطلاق شهادة بحق الله تعالى و سواء أقامت الأم دعوى بالطلاق أو لم تقم. (٣)

الفرع الرابع:-

في جريان العمل على قبول شهادة الأب لولده في الزواج مع القول بعدم قبول شهادته له و لو في النكاح، فما هو تكييف هذه لشهادة و ما هي طبيعتها. و يجاب عن ذلك كما هو منصوص المذهب الحنفي: بأن للشهادة على الزواج حالتان.

(١) بصره الحكام ج١ ص ٢٦٨.

(٢) معنى المحتاج ج٤ ص ٤٣٤، تكملة رد المختار ج٧ ص ١٣١.

(٣) تكملة رد المختار ج٧ ص ١٣٢.

الحالة الأولى - حالة الانعقاد، و فيها يكون القصد من الشهادة إعلان الزواج و إشهاره، و في هذه الحالة لا يشترط في الشاهد كونه مقبول الشهادة فيصح بشهادة من لا تقبل شهادته من أبوي الزوجين و إبنی الزوج من امرأة أخرى و بشهادة عدوين لهما أو أحدهما.

الحالة الثانية - حالة الإثبات عند الإنكار، و في هذه الحالة يشترط أن يكون الشاهد مقبول الشهادة غير متهم في شهادته، أو يقال: أن الشهادة على الزواج شهادة عليهما و عند التجاحد لا تقبل شهادتهما، لأنهما يشهدان لغير المنكر منهما (١)

المطلب الثالث

في

شهادة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول

عامة الفقهاء على قبول شهادة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول، لقوله تعالى: "كونوا قوامين بالقسط شهداء لله و لو على أنفسكم أو الوالدين و الأقربين إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا." (٢)

في هذه الآية الكريمة يأمر الله تعالى بالشهادة عليهم و لو لم تقبل لما كان في الشهادة عليهم فائدة، (٣) و لأن رد شهادة أحدهما للآخر كانت للتهمة من إيصال النفع لكل منهما، ولا تهمة في شهادة أحدهما على الآخر، فوجب أن تقبل كشهادة الأجنبي، بل هي أبلغ في الصدق كشهادته على نفسه و غايته أنه إذا كان بين الأصل و الفرع عداوة، فإن شهادته لا تقبل عليه كما سيأتي. (٤)

(١) بدائع الصايع ج ٢ - ٢٥٦، تكملة رد المختار ج ٧ - ١٣٢.

(٢) آية رقم ١٣٥ سورة النساء.

(٣) المغني ج ١٢ - ٦٦ شرح الزركشي ج ٧ - ٣٤٩.

(٤) مغني المحتاج ج ٤ - ٤٣٤.

و ذهب الحنابلة في رواية حكاهما القاضي في المجرد، أن شهادة أحدهما على الآخر لا تقبل على صاحبه، لأن شهادته له غير مقبولة، فلا تقبل عليه كالفاسق. قال ابن قدامة في المغنى: المذهب أن شهادة أحدهما على صاحبه مقبولة، نص عليه الإمام أحمد و لم أجد عنه في الجامع خلافاً.

و قال الزركشي في شرحه: هو المذهب بلا ريب و جزم به في المحرر و الوجيز، و اقتصر عليه في كشف القناع.

و قد أجاب ابن قدامة عن هذه الرواية، بأن الأصل أو الفرع متهم في شهادته له و لا يتهم في شهادته عليه، فشهادته عليه أبلغ في الصدق كإقراره على نفسه. (١)
و ذهب الشافعية في قول إلى أن شهادة الولد على الوالد في إيجاب القصاص و حد القذف لا تقبل، لأنه لا يلزمه القصاص بقتله و لا حد القذف بقذفه، فلا يلزمه ذلك بقوله.

قال في تكملة المجموع: المذهب الأول و هو قبول شهادة الولد على والده في إيجاب القصاص و حد القذف كغيرهما من سائر الحقوق ، لأنه إنما ردت شهادته للثمة و لا ثمة في شهادته عليه. (٢)

المطلب الرابع

في

شهادة أحد الزوجين للآخر

اختلف الفقهاء في شهادة أحد الزوجين للآخر على ثلاثة أقوال:

(١) شرح الزركشي جـ ٧ صـ ٣٤٩، الإنصاف جـ ١٢ صـ ٦٧، المغنى و الشرح جـ ١٢ صـ ٦٦.

(٢) تكملة المجموع شرح المذهب جـ ١٨ صـ ٤٧٠.

القول الأول: لا تقبل شهادة أحدهما للآخر:-

ذهب إلى ذلك: الحنفية و المالكية و الحنابلة في المشهور من المذهب.(١)

القول الثاني: تقبل شهادة أحدهما للآخر:-

ذهب إلى ذلك: الشافعية و الحنابلة في رواية.(٢)

القول الثالث: تقبل شهادة الزوج لزوجته، و لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها:-

ذهب إلى ذلك الثوري و النخعي و ابن أبي ليلى.(٣)

استدل القائلون بعدم قبول شهادة أحد الزوجين للآخر.

بأن كل واحد منهما يرث الآخر من غير حجب و ينسب في ماله عادة، فلم تقبل شهادته كالإبن مع أبيه، و لأن يسار الرجل يريد نفقة امرأته، و يسار المرأة يزيد به قدرها و يرتفع به حالها عند زوجها، فكان كل واحد منهما ينتفع بشهادته لصاحبه، فلم تقبل كشهادته لنفسه.(٤)

و استدل القائلون بقبول شهادة أحد الزوجين للآخر، بأن الحاصل بين الزوجين عقد يطرأ و يزول و لا يعتق به أحدهما على الآخر بالملك، فلم يمنع من شهادة أحدهما للآخر، كما لو شهد الأجير للمستأجر أو المستأجر للأجير.
اعترض على هذا القياس:

و هو قياس حالة الزوجين على حالة المستأجر و الأجير، بأنه قياس مع الفارق، لأن

(١) المغنى ج١٢ ص ٦٨ تكملة رد المختار ج٧ ص ١٢٩، تبصرة الحكام ج١ ص ٢٦٦، بداية المجتهد ج٢ ص ٤٥٣.

(٢) المغنى و الشرح ج١٢ ص ٦٨ الإنصاف ج١٢ ص ٦٨، تبصرة الحكام ج١ ص ٢٦٦ تكملة رد المختار ج٧ ص ١٢٩، بداية المجتهد ج٢ ص ٤٥٣ لسان الحكام ص ٢٤١.

(٣) مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٣٤، المغنى و الشرح ج١٢ ص ٦٨.

(٤) المراجع السابق ذكرها.

مال أحد الزوجين يضاف إلى الآخر، قال تعالى: "و قرن في بيوتكن" و قال: "لا تدخلوا بيوت النبي" فأضاف سبحانه البيوت إليهن تارة و إلى النبي صلى الله عليه وسلم تارة أخرى.

و قال تعالى: "لا تخرجوهن من بيوتهن" و ليس كذلك مال الأجير أو المستأجر فافترقا.

و استدل القائلون بقبول شهادة الزوج لزوجته و عدم قبول شهادة لزوجته لزوجها ، بأن شهادة الزوج لزوجته لا تهمه فيها، بخلاف الزوجة لزوجها، لأن يساره و زيادة حقها من النفقة تحصل بشهادتها له بالمال فهي متهمة لذلك في شهادتها. و أعترض على هذه التفرقة:

بأنه إذا كانت الزوجة تستفيد من يسار زوجها بزيادة نفقتها، فإن الزوج كذلك يستفيد من يسار زوجته بالشهادة لها في زيادة ميراثه منها و في التوسعة عليه و على أولاده، و مال الزوجة مآله إلى الزوج أو إلى أولاده منها، فالتهمة قائمة في شهادته لها، كما هي قائمة في شهادتها له.

و الراجع ما ذهب إليه القائلون بعدم قبول شهادة أحد الزوجين للآخر لقوة دليله، و لأن المنافع بينهما متصلة و لهذا لا يجوز دفع الزكاة من أحدهما للآخر. هذا و الأئمة الأربعة على قبول شهادة أحدهما على الآخر لعدم التهمة.

و غايته أنه يستثني من ذلك شهادة الزوج على زوجته بالزنا، لأن شهادته دعوى خيانة في حقه فلم تقبل كشهادة المودع على المودع بالخيانة في الوديعة، و لأنه خصم لها فيما يشهد به ، فلم تقبل كما لو شهد عليها أنها جنت عليه. (١)

(١) لسان الحكام ص ٢٤٣، تكملة المجموع شرح المهذب ج ١٨ ص ٤٧١، معنى المحتاج ج ٤ ص ٤٣٥.

المطلب الخامس

في

شهادة الأخ لأخيه و سائر أقاربه

عامة الفقهاء على قبول شهادة الأخ لأخيه و أخته، لأن التهمة بينهما منتفية لظهور التحاسد و لعدم إتصال منافع الأملاك بينهما، و لذا لم يجعل نفس أحدهما كنفس الآخر و لا مال أحدهما كمال الآخر.

و غايته أن بعض المالكية قيدوا قبول شهادة الأخ لأخيه، بما إذا كان الأخ ميرزا في عدالته و بما إذا لم تلحقه قهمة.

و تتمثل التهمة التي تمنع شهادة الأخ لأخيه في:

١- إذا كان الأخ في عيال أخيه و يناله من بره و صلته، لأنه إذا كان كذلك، كان جاراً لنفسه منفعة.

٢- شهادته له بما فيه منزلة و شرف، كما لو شهد أخوان أن هذا ابن أخيهما الميت و المشهود له ذو شرف و حسب، فإن النسب لا يثبت بشهادتهما، و يثبت للمشهود له المال إذا ادعاه.

و كذلك تعديل الأخ لأخيه لا يصح على قول أشهب، لأن شرف أخيه شرف له. و ذهب الثوري إلى أن شهادة الأخ لأخيه لا تقبل.

و لعل وجهه: أن ميل الأخ لأخيه، ميل غريزي و تلك قهمة ترد شهادته. (١)

و الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء و هو أن شهادة الأخ لأخيه مقبولة،

(١) انظر في شهادة الأخ لأخيه: المغنى و الشرح ج ١٢ ص ٦٩، معين الحكام ص ٧٣ تبصرة الحكام ج ١

ص ٢٦٧، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٣٥.

لعموم آيات الشهادة، و لأن القرابة بمجردنا ليست بمائعة مادام القريب عدلاً غير متهم و لأنه ليس بين الأخوة اتصال منافع الأملاك كما هو الحال بين الأب و ابنه أو بين الزوج و زوجته.

هذا و لا خلاف على أن شهادة العم و ابنه و الخال و ابنه و سائر الأقارب مقبولة إلا إذا كان أحدهم ممن تأخذه حمية الجاهلية فشهادته لا تقبل.

المطلب السادس

في

شهادة العدو

يقصد بالعدو هنا: من يبغض المشهود عليه و يتمنى زوال نعمته، حزين بسروره فرح بمصيبته.

و العداوة بين الشاهد و المشهود عليه، إما أن تكون دينية و إما أن تكون دنيوية دنيوية و تتمثل العداوة الدينية في المسلم يشهد على غير المسلم و المحق من أهل السنة على المبتدع و في كل ما كانت عداوته بسبب الفسق و الجرأة على ما حرم الله تعالى. (١)

و تتمثل العداوة الدنيوية، في شهادة المقدوف على القاذف و المقطوع عليه الطريق على القاطع و ولي المقتول على القاتل و المجروح على الجارح. أو كما قال الطرابلسي في معين الحكام: شرط العداوة الدنيوية في مال أو جاه أو منصب أو خصام و ما في معنى ذلك، و غايته أنه ليس كل من خاصم شخصاً في حق أو ادعى عليه حقاً، أنه يصير عدوه، إنما العداوة تثبت بما ذكرته الأمثلة، إلا إذا خاصم الشخص آخر في حق لا تقبل شهادته عليه في ذلك الحق، كالوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه و نحو ذلك، (١) المراد بالعداوة الدنيوية العداوة الظاهرة، و تعرف بالعرف، أما العداوة الباطنة فلا يطلع عليها إلا علام الغيوب.

لأنه إذا تخاصم اثنان في حق لا تقبل شهادة أحدهما للآخر لما بينهما من المخاصمة. (١)
و لا خلاف بين الفقهاء في قبول شهادة العدو لعدوه، لانتفاء التهمة و لأن
الحق ما شهد به الأعداء.

كما لا خلاف على قبول شهادة العدو على عدوه، إذا كانت العداوة دينية، لأن
الذي يعادي لأمر الدين يكون عدلاً فتقبل شهادته، و لا أثر لوجود العداوة هنا بين
الشاهد و المشهود عليه في الشهادة، لأنه لا يشهد إلا بالحق و دينه الذي خاصم من
أجله يمنعه من ارتكاب المحظورات، و شهادة الزور من أكبر كبائر المحظورات.

أما إذا كانت العداوة دنيوية، فجمهور الفقهاء على رد شهادته و عدم قبولها،
لقوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة خائن و لا خائنة و لا ذي غمر على أخيه
و لا تجوز شهادته القانع لأهل البيت، و القانع الذي ينفق عليه أهل البيت (٢) و الغمر:
الحقد و العداوة و الشحناء، فقد دل الحديث صراحة على عدم قبول شهادة العدو
على عدوه، و قد خصه الإجماع بالعداوة الدنيوية و لأن العداوة تورث التهمة فتمنع
الشهادة كالقربة القريبة. (٣)

و في قول معتمد عند الحنفية تقبل شهادة العدو على عدوه إذا كان عدلاً—كما
تقبل شهادة الصديق لصديقه، و قبول شهادته على هذا القول مقيدة بما إذا لم

(١) المغنى و الشرح ج١٢ ص٥٦، تكملة رد المختار ج٧ ص١٤١، ١٤٢، تبصرة الحكام ج١ ص٢٦٨،
مغنى المحتاج ج٤ ص٤٣٧، معين الحكام ص٧٣.

(٢) حديث صحيح رواه أحمد و أبو داود و البيهقي و ابن دقيق العيد، نيل الأوطار ج٨ ص٣٠١، سيل السلام
ج٤ ص١٢٨.

(٣) هذا و قد تكون العداوة من الجانبين، و قد تكون من جانب أحدهما، فيختص برد شهادته على الآخر. و لو
عادى من يستشهد عليه و بالغ في خصامه و لم يجبه، ثم شهد عليه لم ترد شهادته لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى
ردها. انظر مغنى المحتاج ج٤ ص٤٣٥.

يفسق بسبب عداوته الدنيوية، كأن يحقد عليه و يلزم نفسه بغضه و إرادة الشر له من غير ظلم أصابه، بل يحق و عدل، كالأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، أو كان هجره لأجل الآخرة و المعصية.

و يرد ما ذهب إليه الحنفية في هذا القول، بين شهادة الصديق و شهادة العدو بأن في شهادة الصديق لصديقه بالزور، نفع غيره بمضرة نفسه و بيع آخرته بدنياه غيره و شهادة العدو على عدوه، يقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه فاقتربنا.

و الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء و هو عدم قبول شهادة العدو على عدوه في العداوة الدنيوية لقوة دليله، و لأن العداوة تورث التهمة حيث لا يؤمن الشاهد العدو أن تحمله عدواته على إلحاق ضرر بالمشهود عليه، و لو كان مقبول الشهادة على غيره، لأنه متهم في حق عدوه، فلا يستبعد أن يشهد عليه زوراً، لأن النفس البشرية تميل إلى الانتقام و الاضرار من عدوها.

المطلب السابع

في

شهادة الصديق لصديقه

لا خلاف في قبول شهادة الصديق لصديقه، غاية الأمر أن الحنفية قيدها بما إذا لم تكن الصداقة متناهية ، لأنها إذا كانت كذلك، فإنها توجب إطلاق التصرف لكل واحد منهما في مال الآخر و تلك قمة ترد بها الشهادة لأنه يجز لنفسه نفعاً.

و كذلك قيدها المالكية ، بما إذا لم يكن الصديق في عيال صديقه، و بما إذا كان غير

ملاطف لأنه يجز لنفسه نفعاً فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه. (١)
و الراجح قبول شهادة أحد الصديقين لصديقه لعموم أدله الشهادة، قياساً على
شهادة الغريم للمدين قبل الحجر عليه فإن المدين قد يقضيه دينه من هذا المال الذي شهد
به و يكون الشاهد قد جر لنفسه نفعاً أعظم مما يرجى هنا بين الصديقين و لا يصح قياس
شهادة الصديق لصديقه على شهادة العدو على عدوه، لأن العداوة سببها محذور شرعاً
و في الشهادة عليه شفاء غيظه منه فخالفت الصداقة.

المطلب الثامن

في

شهادة المصلحة

يقصد بشهادة المصلحة: الشهادة التي تجلب للشاهد منفعة أو تدفع عنه مضرة حال
الشهادة.

و لا خلاف بين الفقهاء في رد شهادة من جرت عليه شهادته منفعة أو دفعت عنه
مضرة، و ذلك لوجود التهمة التي تورث الشك في صدق شهادته.

قال تعالى: "ذلك لوجود التهمة التي تورث الشك في صدق شهادته".
قال تعالى: "ذلكم اقسط عند الله و أقوم للشهادة و أدنى ألا ترتابوا" و الريبة
قائمة بمحصول منفعة للشاهد من شهادته أو دفع مضرة عنه. و قد قضى رسول الله صلى
الله عليه وسلم "ألا شهادة لخصم و لا ظنين" (٢)

قال الزهري: مضت السنة في الإسلام ألا تجوز شهادة خصم و لا ظنين" (٣)
و تتمثل الشهادة التي تجز منفعة للشاهد حال الشهادة فيما يأتي:-

(١) المغنى و الشرح الكبير ج١٢ ص ٧٠ مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٣٥، بصره الحكام لابن فرحون ج١

ص ٢٧١، معين الحكام ص ٢٧١، تفسير القرآن لابن العربي ج١ ص ٢١١.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) شرح الزركشي ج٧ ص ٣٤٤، ٣٤٥.

١- شهادة الوارث بجرح مورثه قبل انعدامه. لأن الجرح قد يسري إلى النفس، فتجب الدية للشاهد بشهادته، فيصير كأنه شهد لنفسه، ذلك لأن الجرح قد يفضي إلى الموت فتجب الدية للوارث الشاهد ابتداء، فيكون شاهداً لنفسه موجباً له حقاً ابتداء حال الشهادة، وهذا بخلاف ما لو شهد الوارث لمورثه المجروح بالمال، لأن المال المشهود به يجب للمشهود له، ثم يجوز أن ينتقل إلى الشاهد و يجوز ألا ينتقل، فلم يمنع قبول الشهادة، لأنه غير جار له نفعاً في الحال، و العبرة بما يجزه الشاهد لنفسه من المنفعة حال الشهادة (١)

٢- شهادة الوصي للميت، لأنه يثبت لنفسه فيما يشهد به حق التصرف.

٣- شهادة الغرماء للمفلس بعد الحجر عليه بدين أو عين (٢)، و شهادتهم للميت بدين أو مال لأنه لو ثبت للمفلس أو الميت دين أو مال تعلقت حقوقهم به، فكأنهم شهدوا لأنفسهم. (٣)

٤- شهادة الشفيع ببيع شخص له فيه الشفعة، لأنه يشهد لنفسه.

٥- شهادة الشريك لشريكه فيما هو شريك فيه، لأنها تقع لنفسه.

٦- شهادة الوكيل لموكله فيما هو وكيل فيه، لأنها تثبت له حق التصرف.

٧- شهادة المستحق في شيء و إن كان قليلاً للجهة الموقوف عليها.

٨- شهادة الوارث على مورثه المحصن بالنزاع أو قتل العمد.

(١) المغنى و الشرح الكبير ج١٢ ص ٥٧، ٥٨.

(٢) بخلاف ما لو شهد الغرماء لحي لا حجر عليه بمال، فإن شهادتهم تقبل، لأن حقهم لا يتعلق بما له، وإنما يتعلق بذمته، المغنى و الشرح ج١٢ ص ٥٧.

(٣) في قول عند الحنفية: تقبل شهادة رب الدين لمدينه و إن كان مفلساً، معين الحكام ص ٧٣، لسان الحكام ص ٢٤٥.

٩- شهادة الأجير الخاص لمن استأجره، لأن منافع الأجير الخاص للمستأجر ولهذا لا يجوز له أن يؤجر نفسه من آخر في تلك المدة، فلو جازت شهادته للمستأجر، كانت شهادة بالأجر، لأن شهادته من جملة منفعه.

١٠- شهادة الوصي للموصي عليهم إن كانوا في حجره على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، (١) لأنه يشهد بشيء هو خصم فيه، فإنه الذي يطالب بحقوقهم ويخاصم فيها ويتصرف فيها، فلم تقبل شهادته كما لو شهد لنفسه، ولأنه يأكل من أموالهم عند الحاجة فكان متهماً في شهادته.

و ذهب شريح وأبو ثور إلى قبول شهادته لهم إذا كان الخصم غيره، لأنه أجنبي منهم فتقبل شهادته لهم كما بعد زوال الوصية.

هذا ولا خلاف أن شهادة الوصي تكون مقبولة بعد زوال ولايته عن الموصي عليهم لعدم التهمة.

هذه بعض الأمثلة التي يجز بها الشاهد لنفسه منفعة ويقاس عليها غيرها مما يشترك معها في المعنى.

أما الشهادة التي يدفع بها الشاهد عن نفسه ضرراً فتتمثل فيما يأتي:-

١- شهادة عاقلة القاتل خطأ بجرح الشهود الذين شهدوا به، لما فيه من دفع

الدية عنهم.

٢- أن يشهد المشهود عليه بجرح الشهود.

٣- شهادة بعض غرماء المفلس على بعضهم بإسقاط دينه أو استيفائه،

لأن قسطه يتوفر عليهم.

٤- شهادة الغرماء بجرح الشهود الدين على المفلس.

(١) الوصي هنا على إطلاقه، أي سواء أكان وصياً مختاراً، أم معيناً من قبل القاضي.

٥- شهادة الوصي بجرح الشاهد على الأيتام.

و غير ذلك من سائر من لا تقبل شهادته لإنسان إذا شهد بجرح الشاهد عليه.

٦- شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو الإبراء منه، لأنها شهادة لنفسه ببراءته.

٧- شهادة أحد الشفيعين على الآخر بإسقاط شفيعته، لأنه يوفر الحق على نفسه.

٨- شهادة أحد الموصي لهما بجمال على صاحبه بما يبطل وصيته، إذا كانت وصيته يحصل بها مزاحمته، أما لضيق الثلث عنهما أو لكون الوصيتين بمعين.

فهذا و أشباهه لا تقبل الشهادة فيه، لما في ذلك من التهمة المخلة بالثقة في الشاهد. (١)
هذا و على القاضي في الأحوال التي تثار فيها تهمة الشاهد لجره لنفسه منفعة أو دفعه عنها ضرراً أن يتحرى الحقيقة و أن يثبت منها و أن يكشف بذكائه و فطنته و خبرته ما إذا كان الشاهد جاراً لنفسه منفعة حالة أو دافعاً عنها ضرراً حالاً أو أنه ليس كذلك، حتى يأتي حكمه عن قناعة و اطمئنان مصداقاً لقوله تعالى "ذلكم أقسط عند الله و أقوم للشهادة و أدنى ألا ترتابوا".

(١) انظر فيما تقدم: المغنى و الشرح ج ١٢ ص ٥٧، ٥٨، و الشرح و المغنى ج ١٢ ص ٧٧، ٧٨ تكملة رد المختار ج ٧ ص ١٣٧، معين الحكام ص ٧٣، لسان الحكام ص ٢٤٥، كشف القناع ج ٦ ص ٢٢٤، ٢٥، تكملة المجموع ج ١٨ ص ٤٨٧، تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٦٦، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٣٣.

المبحث الخامس

في

التقادم في أداء الشهادة و أثره على قبولها

هل يعتبر عدم أداء الشهادة على الفور قسمة تمنع قبول شهادة الشاهد، أم أنها لا تعتبر وللشاهد أن يؤدي شهادته في أي وقت من الزمان.

تختلف الإجابة على التساؤل باختلاف نوع الحق المشهود عليه.

فإن كان حقاً للعبد، فلا خلاف في أن التقادم في الشهادة لا يؤثر فيها، لأن القيام بها موقوف على الدعوة إليها، و الدعوة إلى الشهادة قد تطول و قد لا يطالب صاحب الحق بحقه.

و الحكم كذلك فيما كان من الحقوق مشتركاً بين الله تعالى و العبد كحد القذف، لأن تقدم الدعوى شرط فيه، فيحمل تأخير الشهادة على عدم الدعوى. و من ذلك القصاص، فإن التقادم لا يلحقه، لأنه عقوبة مقدرة شرعاً لحق العبد و هذا الحق لا يقضي فيه بغير دعوى، و لا أثر للتقادم على سقوطه، و إنما يسقط بالعفو أو الصلح.

أما ما كان من الحقوق لله تعالى، فإما أن يكون مما يستدام فيه التحريم، و إما أن يكون مما لا يستدام فيه التحريم.

فإن الحق مما يستدام فيه التحريم، كالعشرة بين الزوجين بعد الطلاق البائن و بقاء الزوجين مع ثبوت الرضاع بينهما، و آخر شاهد الحسبة شهادته بدون عذر لم تقبل شهادته لفسقه بالتأخير. (١)

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٨٦، الفتح على الهداية ج ٤ ص ١٦٢.

و من شهد على طلاق فأخفى شهادته حتى استحل في ذلك الحرام ثم جاء ليشهد فلا تقبل شهادته إذا كان عالماً بذلك، و كذلك إذا شهد في طلاق ثم كتم ذلك عن الزوجة حتى طال الوقت ووقعت الخلوة بها، فلا شهادة له. (١)

و أما ما لا تستدام فيه الحرمة كالحدود الخالصة لله تعالى، فقد اختلف الفقهاء في تأثير التقادم على سقوط الحد و عدم سقوطه على قولين:

القول الأول - أن الحدود تسقط بالتقادم، فلو شهد الشهود بعد حين من الزمان بحد الزنا أو السرقة أو الشرب، سقط الحد و ثبت المال في السرقة.

ذهب إلى ذلك: الحنفية و الحنابلة في رواية. (٢)

القول الثاني - أن الحدود لا تسقط بالتقادم، فلو شهد الشهود بعد حين من الزمان بحد الزنا أو السرقة أو الشرب، تقبل شهادتهم.

ذهب إلى ذلك: المالكية و الشافعية و الحنابلة في الصحيح من المذهب. (٣) استدل القائلون بالتقادم، بأن الشاهد كان مأموراً من قبل الشارع أمراً فورياً بأحد أمرين: أولهما - الستر عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم: "من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا و الآخرة" و لمنع أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا بإعلان الخصومة لقوله تعالى: "إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا و الآخرة".

(١) بصره الحكام ج١ ص ٢٤٥، ٢٤٦، الانصاف ج١٢ ص ٨.

(٢) معين الحكام ص ٩٠، ١١٥، لسان الحكام ص ٤٠٠، المبوط ج٩ ص ٦٩، الفتح على الهداية ج٤ ص ١٦٢، الانصاف ج١٢ ص ٨.

(٣) بصره الحكام ج١ ص ٢٤٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص ٢٨٦، مغنى المحتاج ج٤ ص ٢٨٦، مغنى المحتاج ج٤ ص ١٥١، الانصاف ج١٢ ص ٨.

ثانيهما - أداء الشهادة لإقامة حد الله تعالى و منع الفساد في الأرض و تثبيت دعائم الدين و الفضيلة، و هو مخير بين هذين الأمرين.

و الواجب أن يختار أحدهما فوراً، فإن تأخر بدون عذر حتى مضت مدة تقادمت فيها الجريمة، ثم أقدم على الشهادة، فإن تأخيره لها أن كان بسبب اختياره الستر، كان أقدامه على الأداء بعده مظنة عداوة تحركت أو حقد طرأ، فصار متهماً و قد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الاشهادة لخصم و لا ظنين" و الظنين هو المتهم.

و يؤثر عن الخليفة عمر في ذلك فيما رواه عنه الإمام محمد "أيما شهود شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم" (١)

و إن لم يكن تأخيره للشهادة بسبب اختياره الستر، كان فاسقاً بالتأخير، فوجد المانع من قبول الشهادة في الحالتين، لأن أداء الشهادة كان واجباً عليه، و إنما سقط عنه لأجل الستر، فإذا أدى بعد زمان من غير عذر لم يوجد موضع الرخصة المسقط للوجوب.

و استدل القائلون بقبول الشهادة على الحدود و لو تطاول الزمان بأمرين:

الأول - أن الشهادة على ما يوجب الحد كالشهادة على غيره من حقوق العباد سواء أكانت أموالاً أم دماء، و بما أن التقادم لا يسقط العقوبة في تلك الجرائم غير الحدود و لا يمنع سماع الشهادة فيها، فكذلك التقادم هنا في الحدود لا يمنع قبول الشهادة.

الثاني - أن أساس قبول الشهادة في الحقوق هو الصدق، و التأخير لا يؤثر في صدق الشهادة مادام الشهود عدولاً لم تعلق بعدالتهم ريبة، و احتمال الضغن أو التهمة مجرد افتراض لا يصح أن ترد به الشهادة، فإن رد شهادة العدل يجب أن يبنى على أمور متيقنة تقدرح في العدالة و لا يبنى على أمور غير متيقنة بل و لا مظنونة و إنما هي

(١) الفتح على الهداية ج٤ ص ١٦٢.

مفترضة افتراضاً. (١)

نوقش هذا الاستدلال: أولاً-بالمع فإن الشخص لو أخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعى بلا عذر، يعد فاسقاً و لا تقبل شهادته من بعد.
و على فرض التسليم بأن التأخير لا يمنع من سماع الشهادة في حقوق العباد، فإن حقوق العباد لا تسقطها الشبهات و لا تؤثر في وجوبها و ثبوتها، بخلاف الحدود فإنها تدرأ بالشبهات عملاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "ادرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم" و لذلك إذا تأخرت الشهادة في السرقة سمعت بالنسبة لإثبات المال و الضمان، و لا تسمع بالنسبة لإقامة الحد،

فلم تقبل الشهادة بإثبات السرقة المتقدمة في حق الحد لأنه حق الله تعالى، و التقادم يمنع الشهادة به للتهمة و الحد لا يثبت مع الشبهة، و قبلت في حق المال لعدم التهمة و المال يثبت مع الشبهة.

و نوقش ثانياً- بأن الحدود تقوم على أساس نفي التهمة لقطع الشبه المؤثرة في إسقاط الحد بالحديث، و التهمة هنا أثر خفي نفسي جاء من التأخير بدون عذر و لا سبب، و الأمور الخفية النفسية لا يلغى اعتبارها في الحدود، و لأنه لا اطلاع على ما في النفس، فأقيمت مدة التقادم مقام ذلك الأمر النفسي في الدلالة. (٢)

مدة التقادم عند الحنفية:-

أولاً- في الزنا و السرقة:

اختلفت النقول عن أئمة المذهب الحنفي في حد التقادم بالتسبب لحدي الزنا

(١) بصره الأحكام جـ ١ ص ٢٤٧، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٥١.

(٢) انظر ما تقدم من المراجع و انظر تبين الحقائق شرح كثر الدقائق للزيلعي و حاشية الشليبي عليه جـ ٣ ص

١٨٨، موسوعة جمال عبد الناصر للفقهاء الإسلاميين جـ ٨.

و السرقة ففي الأصل: لم يؤقت أبو حنيفة للتقادم أجلاً، بل فوض الأمر فيه إلى تقدير القاضي لأن التأخير قد يكون لعذر و الأعذار تختلف من شخص لآخر و القاضي هو الذي يقدر ذلك.

قال أبو يوسف: جهدت بأبي حنيفة كل الجهد فأبي أن يؤقت في التقادم وقتاً لأن التوقيت لا يكون بالرأي بل بالنص، فلما لم يجد نصاً أبي أن يؤقته بشيء و جعله موكولاً إلى رأي القاضي. (١)

و نقل عن أبي حنيفة أن حد التقادم ثلاثة أيام و عنه ستة أشهر، و قال بذلك الطحاوي.

و روى عن أبي يوسف و محمد أنهما قدراً ذلك بشهر، لأن ما دون الشهر قريب عاجل و ما فوقه بعيد آجل و نسب هذا القول لأبي حنيفة أيضاً فقد جاء في الفتح على الهداية نقلاً عن أبي حنيفة: لو سأل القاضي الشهود متى زنا؟ فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد، و إن قالوا شهراً دريء عنه الحد. (٢)

أما حد الشرب ففي المذهب رأيان: -

أحدهما: لأبي حنيفة و أبي يوسف و هو أن التقادم زوال رائحة الخمر من الشارب.

الثاني: لمحمد بن الحسن، و هو أن فترة التقادم هي فترة التام في حدي الزنا و السرقة.

استدل أبو حنيفة و أبو يوسف: بما روى عن ابن مسعود أنه أتى بشارب الخمر فقال: مزموه و تترتروه و استكهوه فإن وجدتم رائحة الخمر فحدوه. (٣)

(١) المبسوط ج ٩ ص ٧٠.

(٢) الفتح و شرح الهداية ج ٤ ص ١٦٤.

(٣) مزموه: أي حركوه بشدة و اقبلوا به و أدبروا، و تترتروه: اقبضوا على يديه و حركوه، و استكهوه: شموا ريح فمه.

وجه الدلالة من الأثر:

دل الأثر المروى عن ابن مسعود، أن شرط إقامة الحد على شارب الخمر هو وجود الرائحة في فمه و ذلك لأن حد الشرب ضعيف من حيث إنه لا نص فيه، فلا يقام الحد إلا على الوجه الذي ورد به الأثر، و إنما ورد الأثر بإقامة الحد على من كان الخمر في بطنه، و لوجود الخمر في بطنه علامة هي وجود الرائحة منه ، فلا يقضى إلا بظهور تلك العلامة، و لأن زوال رائحة الخمر بعد الشرب لا يكون إلا بمضي زمان، و لما لم يكن في التقادم نص، و كان التقادم لمعنى في الفعل، كان المصير إليه أولى من المصير إلى غيره. (١).

و استدلل محمد بن الحسن على مساواة حد الشرب بحدي الزنا و السرقة في التقادم، بأن حد الشرب ظهر سببه عند القاضي، فلا يشترط لاقامته بقاء أثر الفعل، شأنه في ذلك شأن الزنا و السرقة، و هذا لأن وجود الرائحة لا يمكن أن يجعل دليلاً، و الحد لا يقام بوجود الرائحة، و إنما يجب أن يشهد شاهدان عليه بالشرب أو يقربه (٢) و الراجح ما ذهب إليه محمد بن الحسن، لأن الشهادة إذا تصل بها القضاء صارت حجة ملزمة ووجب على القاضي القضاء بموجبها على ما ذهب إليه الحنفية، و لأن وجود الرائحة في الفم لا يصلح أن يكون دليلاً، فقد يتكلف الشارب زوال رائحة الخمر من فمه بالمعالجة مع بقاء أثر الخمر مع بطنه.

(١) المبسوط ج ٩ ص ١٧١، ١٧٢، البحر الرائق ج ٥ ص ٢٧.

(٢) لسان الحكام ص ٤٠١.

المبحث السادس

في

نصاب الشهادة و فيه مطالب

مراتب الشهادة:

مراتب الشهادة أو نصاب الشهادة يختلف باختلاف المشهود به، و يتفاوت في عدد الشهود و جنسهم، فتارة يكون بالرجال وحدهم، أربعة رجال أو ثلاثة أو رجلين أو رجلاً واحداً، و تارة يكون بالرجال و النساء، رجلاً و امرأتين، و تارة يكون بالنساء وحدهن و ذلك على النحو التالي في مطالب متابعة.

المطلب الأول

في

القضاء بأربعة رجال

عامة العلماء و الفقهاء و منهم الأئمة الأربعة على أن نصاب الشهادة على إتيان جريئة الزنا أربعة رجال عدول أحرار، مسلماً كان المشهود عليه أو ذمياً. و قد دل على ذلك الكتاب و السنة و الإجماع: -

أما الكتاب:

فقوله تعالى: "لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون" (١)

و قوله تعالى: "و اللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم" (٢)

(١) آية رقم ١٢ سورة النور.

(٢) آية رقم ١٥ سورة النساء.

و قوله تعالى: "والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم
ثمانين جلدة" (١)

هذه الآيات دلت نصاً و صراحة على أن نصاب الشهادة على إتيان جريمة الزنا
أربعة و أن الأربعة من الرجال لوجود التاء في إسم العدد، فانه دليل عند أهل اللغة
على كون المعدود و هو الشهود من الذكور، و لأن قوله تعالى: "منكم".
في قوله سبحانه: "و اللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة
منكم" يراد به الذكور خاصة دون الإناث، لأنه سبحانه ذكر أولاً "من نساءكم".
ثم قال: "منكم" فاقضى ذلك أن يكون الشاهد غير المشهود عليه أي أنه يكون من
جنس المخاطبين و صفتهم و لا يكون ذلك إلا بالرجال.

و أما السنة:

فما رواه مسلم عن سعد بن عباد رضي الله عنه أنه قال لرسول الله صلى الله
عليه وسلم: لو وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتي بأربعة شهود؟ قال: "نعم".
قال الزهري: مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم و الخليفين
من بعده: "الا شهادة للنساء في الحدود و القصاص".

و قال الزيلعي في تبين الحقائق: أجمعت الأمة على أن الزنا لا تجوز فيه شهادة
النساء و لا يقبل فيه إلا الرجال. قال و قد انعقد الإجماع على اشتراط الذكور فيه،
لأن الله تعالى يحب الستر على عباده، و كذلك حكى الزركشي الإجماع على ذلك.
و لأن الزنا أقبح الفواحش فغلظت الشهادة فيه سترأ من الله تعالى على عباده،
إذ قلما يشهد أربعة بصفته الموجبة للحد.

(١) آية رقم ٤ سورة النور.

فإن شهد أقل من أربعة رجال لم تقبل شهادتهم و اعتبروا قذفه و عوقبوا بالجلد المنصوص عليه في قوله تعالى: "و الذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة".

و الآية و إن كانت في حق النساء إلا أن موجبها ثابت أيضاً في حق الرجال للمساواة.

كيفية الشهادة على الزنا:-

اشترط الفقهاء لكي يثبت الزنا لدى القاضي أن يشهد الشهود بأنهم رأوا الفعل المحرم بوضعه الدقيق الموجب للحد، فلا يكفي أن يشهدوا بخلوة الرجل مع المرأة و لا بوجودهما في فراش معاً متجردين، و إنما يجب أن تنصب شهادتهم على فعل الوطء المحرم.

و على ما ذهب إليه الحنفية، فإن على القاضي أن يسأل الشهود عن زمان الزنا، لأن التقادم يؤثر في قبول الشهادة عندهم.

أما على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فإنه يكفي من الشهود بوصفهم الدقيق للزنا، و لا يعتبر مع ذلك ذكر الزمان، إلا إذا ذكره بعضهم ، فحينئذ يجب على القاضي سؤال باقيهم، لاحتمال وقوع تناقض يسقط شهادتهم.

و يستوي في رؤية الشهود للزناين و قبول شهادتهم، أن تكون قد جاءت عرضاً و دون قصد، أو أنها كانت عن عمد بقصد إقامة الشهادة. لأنه لا حرمة لهما بعد أن هتكا حرمة أنفسهما.

و في حكم الشهادة على الزنا، الشهادة على اللواط على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فيشترط في الشهادة على اللواط أربعة شهود من الرجال كما هو الحال في الشهادة على الزنا، لأن اللواط كالزنا في الحد ، فكان كالزنا في الشهادة.

و ذهب أبو حنيفة إلى أنه يقبل في الشهادة على اللواطة رجلان عدلان، لأن
موجبها التعزيز و ليس الحد، و ما كان كذلك فتصاب الشهادة فيه رجلين عدلين.
الشهادة على الإقرار بالزنا:—

جمهور الفقهاء على أن الشهادة على الإقرار بالزنا يثبت بها الزنا على المقر، و أما
نصاب الشهادة على الإقرار فقد اختلفوا فيه على قولين:
القول الأول— أن نصاب الشهادة على ثبوت الإقرار بالزنا أربعة رجال.
ذهب إلى ذلك الحنابلة في أظهر الروايتين و الشافعية في قول.
ووجهه:

أن الشهادة على الإقرار موجب لحد الزنا فأشبهت الشهادة على فعله.
القول الثاني— أن نصاب الشهادة على الإقرار بالزنا رجلان.
ذهب إلى ذلك: الشافعية في الأظهر و الحنابلة في رواية و المالكية في قول.
ووجهه:

أنها شهادة على إقرار فتصح بشاهدين. كما تصح سائر الأقاير بشهادة شاهدين.
و لا يصح تشبيه الشهادة على الإقرار بالشهادة على الفعل، لأن المقر لا يتحتم حده
لتمكنه من إسقاط الحد بالرجوع عن إقراره، فلذلك غلظت الشهادة على المعاينة. (١)

(١) انظر فيما تقدم: المغنى و الشرح جـ ١٢ ص ٥، كشاف القناع جـ ٦ ص ٤٢٨، شرح الزركشي جـ ٧
ص ٣٠٠، ٣٠٢، تكملة رد المختار جـ ٧ ص ٧١، معين الحكام ص ٩٠، بصرة الحكام جـ ١ ص ٣١٩،
٣٢٠، تفسير القرآن لابن العربي جـ ١ ص ١٤٩، تكملة المجموع جـ ١٨ ص ٢٤٩، مغنى المحتاج جـ ٤
ص ٤٤١، تبين الحقائق جـ ٤ ص ٢٠٨، الخلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٥٦٩، المصنف لابن أبي شبة جـ
١٠ ص ٥٨.

(٢) المغنى و الشرح جـ ١٢ ص ٥، شرح الزركشي جـ ٧ ص ٣٠١، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٤١، كشاف
القناع جـ ٦ ص ٤٢٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٨٥.

و ذهب الحنفية و المالكية في قول إلى أن الشهادة على الإقرار بالزنا عند غير القاضي لا تقبل و لا يعتبر ذلك الإقرار، لأنه إما أن يكون مقراً أو جاحداً، فإن كان مقراً لم يوجد شرط قبول الشهادة و هو مجلس القضاء، و إن كان منكراً فهو رجوع عن الإقرار فيسقط به الحد و لا عبرة بالبينّة الشاهدة. (١)

و الحد كما يقول الحنفية لا يتعلق بالإقرار حتى يقر أربعة مرات في أربعة مجالس مختلفة من مجالس المقرّدون القاضي، و لا يسأل في الإقرار متى زنا و يسأل ذلك الشهود، لأن التقادم لا يؤثر في الإقرار على ما ذهب إليه الأئمة الأربعة و جمهور الفقهاء، خلافاً لمحمد بن الحسن في حد الشرب، ذلك لأن الإقرار تنتفي فيه تهمة الضغن، لأن المقر يقر على نفسه و الذي يخبر عن نفسه لا يهتم في قوله خصوصاً إذا كان قوله هذا يؤدي إلى تلك العقوبة القاسية، و يستوي في ذلك الإقرار بالزنا أو السرقة أو الشرب. وجه قول الإمام محمد في استثناء حد الشرب، أن حد الشرب ليس منصوصاً عليه في الكتاب أو السنة، و إنما ثبت بإجماع الصحابة و قد كان إجماعهم في شارب أتى به و أثر الخمر قد ذهبت و لم يبق فيه أثرها، فقد خالف في إقامة الحد عليه عبد الله ابن مسعود، و ما كان الإجماع ليعتقد مع مخالفة هذا الصحابي الجليل، فلم يكن هناك إجماع على ثبوت الحد في تلك الحالة، و على ذلك يكون التقادم مانعاً لإقامة الحد في الشرب، سواء أكان طريق ثبوته البينة اتفاقاً مع أبي حنيفة و أبي يوسف، أم كان طريق ثبوته الإقرار. (٢)

(١) معين الحكام ص ٩٠، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٨٥.

(٢) تبين الحقائق و حاشية الشلبي ج ٣ ص ١٨٨، فتح القدير شرح الهداية و بهامشه العناية ج ٤ ص ١٦٢.

المطلب الثاني

في

القضاء بثلاثة رجال

انفرد الحنابلة باشتراط ثلاثة رجال في الشهادة على دعوى الإعسار و على قول من عرف بالغنى، و ادعى بأنه فقير، لتحل له المسألة و يأخذ من الزكاة.

استدلوا بما رواه مسلم عن قبيصة بن مخارق قال: تحملت حمالة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم أسأله فقال: يا قبيصة أقم عندنا حتى تأتينا الصدقة فأمر لك بها ثم قال: يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك، و رجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش، و رجل أصابته فاقة، حتى يشهد له ثلاثة من ذوي الحجى من قومه، لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش فما سواهن من المسألة يا قبيصة "سحت يأكلها صاحبها سحتا" (١)

و ذهب بعض الحنابلة إلى أن شهادة الثلاثة مقصورة على مدعي الفقر لتحل له المسألة و يأخذ الزكاة.

أما دعوى الإعسار فكغيرها يكتفي فيها بشاهدين، قال القاضي و هو المذهب لأن الحديث في حل المسألة و ليس في الإعسار كما هو ظاهره. و ذهب ابن القيم إلى أن شهادة الثلاثة معتبرة في الأحوال الثلاثة في حل المسألة، و ادعاء الفقر، و دعوى الإعسار.

يقول رحمه الله: إذا كان في أخذ باب الزكاة و حل المسألة يعتبر العدد المذكور الثلاثة، ففي باب دعوى الإعسار المسقط لأداء الديون و نفقة الأقارب و الزوجات، أولى (١) سبل السلام ج٢ ص ١٤٦.

و أخرى، لتعلق حق العبد بماله، و في باب المسألة و أخذ الصدقة، المقصود ألا يأخذ ما لا يحل له، فهناك اعتبرت البيئة لتلا يمتنع من أداء الواجب، و هنا لتلا يأخذ المحرم. (١)

و الراجع ما حكاه القاضي من الخنابلة من أن المذهب اشتراط الثلاثة في حل المسألة و ليس في دعوى الإعسار، و هو أيضاً ظاهر إطلاق الخرقى، و هذا ما يتفق مع عموم أدلة الشهادة التي اكتفت بشاهدين في جميع المنازعات المالية و الحديث ليس نصاً صريحاً في إثبات الإعسار بثلاثة رجال بل هو نص في حل المسألة، و لا يلزم من حل المسألة إثبات الإعسار أمام القاضي فهذا الذي يدل عليه الحديث و يتفق فيه مع سائر أدلة الإثبات بالشهادة و على فرض أن الحديث يتناول الإعسار، فيحمل على النذب و الاستحباب جمعاً بينه و بن سائر الأدلة و على ذلك فإن دعوى الإعسار تثبت بشهادة شاهدين، يشترط فيهما كما يرى ابن أبي الدم أن يكونا خبيرين بباطن حال مدعى الإعسار. (٢)

المطلب الثالث

في

القضاء بشهادة رجلين و رجل و امرأتين

أولاً- في الحدود و القصاص:-

الأئمة الأربعة على أنه يشترط في نصاب الشهادة في الحدود و القصاص رجلان،

فلا تقبل شهادة النساء منفردات أو معهن رجل لما روى التهرى أنه قال: مضت السنة

(١) الإنصاف جـ ١٢ ص ٨١، كشف القناع جـ ٦ ص ٤٢٨، المغنى و الشرح جـ ١٢ ص ٨ الطرق الحكيمة

ص ١٨٩، ١٩٠، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٤٢٧ شرح الزركشي جـ ٧ ص ٣٠٣.

(٢) الإنصاف جـ ١٢ ص ٨١، كشف القناع جـ ٦ ص ٤٢٨، المغنى و الشرح جـ ١٢ ص ٨ الطرق الحكيمة

ص ١٨٩، ١٩٠، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٤٢٧ شرح الزركشي جـ ٧ ص ٣٠٣.

من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم و الخلفتين من بعده أبي بكر و عمر رضي الله
عنهما، ألا شهادة للنساء في الحدود و القصاص.

و لأن في شهادة النساء شبهة البدلية عن شهادة الرجل فلا تقبل فيما يندريء
بالشبهات، و الشبهة تمكنت في شهادتهن من حيث غلبة السهو و النسيان. (١)

و ذهب ابن حزم الظاهري إلى أن نصاب الشهادة في الحدود، رجلان مسلمان
عدلان، أو رجل و امرأتان كذلك، أو أربع نسوة كذلك (٢). لقوله صلى الله عليه
وسلم فيما رواه مسلم عن عبد الله بن عمر أنه قال: "شهادة امرأتين تعدل شهادة
رجل" (٣) و هو حديث عام يتناول الشهادة على الحدود و على غيرها من سائر الحقوق،
و قد روى عن عطاء بن أبي رياح قال: تجوز شهادة النساء مع الرجال في كل شيء
و تجوز على الزنا امرأتان و ثلاثة رجال. و أجاب ابن حزم عن الأثر المروى عن الزهري
و هو قوله: مضت السنة من النبي صلى الله عليه وسلم و الخلفتين من بعده أبي بكر
و عمر: أنه لا تجوز شهادة النساء في الطلاق و لا في النكاح و لا في الحدود، أنه أثر
منقطع عن طريق بن عياش و هو ضعيف عن الحجاج بن أرطاة و هو هالك. (٤)

و استدل ابن حزم أيضاً على قبول شهادة النساء منفردات، بما روي عن أبي ليلى
أن عمر رضي الله عنه، أجاز شهادة النسوة منفردات في شهادتهن على رجل طلق امرأته
ثلاثاً. و كذلك قوله: إن مكان كل شاهد رجل امرأتان، فلا تقبل فيما يقبل فيه رجلان

(١) المغنى و الشرح الكبير جـ ١٢ ص ٦، الإنصاف جـ ١٢ ص ٧٩، ٨٠، بصرة الأحكام جـ ١ ص ٣٢٢،

مغنى لفتاوى جـ ٤ ص ٤٤١.

(٢) و كذلك عن ابن حزم سائر الحقوق من الدماء و ما فيه القصاص و النكاح و الطلاق و الرجعة و الأموال،

انظر المغلى جـ ١٠ ص ٥٦٩.

(٣) المغلى جـ ١٠ ص ٥٨١.

(٤) المغلى جـ ١٠ ص ٥٨٣.

إلا أربع نسوة، و مثل ذلك روى عن على رضي الله عنه(١)

ثانياً- في حقوق الأبدان مما ليس بمال و لا يقصد به المال و يطلع عليه الرجال غالباً:-

اختلف الفقهاء في اشتراط الذكورة على ما ليس بمال كالشهادة على: النكاح و الرجعة و الطلاق و الخلع و التملك و المبرأة و العتق و الإسلام و الردة و الولاء و النسب و الكتابة و التدبير و البلوغ و العدة و الجرح و التعديل و الحرية و الشهادة على الشهادة و نحوه من كل ما ليس بمال و لا يقصد منه المال.
على قولين:

القول الأول- أنه يشترط في الشهادة على حقوق الأبدان مما ليس بمال و لا يقصد به المال - رجالان، فلا تقبل شهادة النساء منفردات أو معهن رجل.
ذهب إلى ذلك:

المالكية و الشافعية و الحنابلة في ظاهر المذهب.

استدلوا بقوله تعالى "و اشهدوا ذوي عدل منكم".

و قوله صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل".

فالآية دلت على شهادة رجلين عدلين على الرجعة و دل الحديث على شهادة عدلين على النكاح و قيس عليهما كل ما لا يقصد به المال و يطلع عليه الرجال غالباً.
و ذهب الحنفية و الحنابلة في رواية إلى أن نصاب الشهادة في حقوق الأبدان مما ليس بمال و لا يقصد به المال، رجالان أو رجل و امرأتان، لقوله تعالى: "فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان".

و من غير المصير إلى المعنى لا تعتبر شهادتهم مع وجود الرجال، و شهادتهم معتبرة معهم عند الاختلاط بهم، حتى إذا شهد رجال و نسوة بشيء يضاف الحكم إلى (١) المجلد جـ ١٠ ص ٥٧٥.

الكل و إذا رجعوا عن شهادتهم وجب الضمان عليهم جميعاً.

و لأن المرأة ساوت الرجل فيما تبتنى عليه أهلية الشهادة و هو: القدرة على المشاهدة و الضبط و الحفظ و الأداء لوجود آلة القدرة و هو العقل المميز المدرك للأشياء و اللسان الناطق، فتفيد شهادة النساء حصول غلبة الظن و طمأنينة القلب بصدق الشهادة، و زيادة النسيان في المرأة جبرت بزيادة العدد و إليه الإشارة بقوله تعالى: "أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى" بخلاف شهادة النساء وحدهن لا تقبل، لأن غلبة الظن و إن كانت تحصل بخبرهن إلا أن الشارع لم يعتبرها حجة، لأنهن منهيات عن الخروج، و ذلك بسبب الفتنة و الفساد، و سبب الفساد يجب نفيه فروعيت الذكورة في أحد الشرطين حسماً لمادة الفساد بالقدر الممكن. (١)

و الأرجح ما ذهب إليه الحنفية و الحنابلة في رواية لما قالوه، و لأن ما ليس بعقوبة لا يسقط بالشبهة فيثبت برجل و امرأتين كالمال.
ثالثاً - في المال و ما يقصد به المال:-

لا خلاف بين الفقهاء في أن نصاب الشهادة في المال و ما يقصد به المال: رجلان و امرأتان و ذلك كالبيع و القرض و الإجارة و الهبة و الوصية و الرهن و الضمان و قتل الخطأ و الشفعة و غيرها من كل ما يتصل بحقوق الأبدان و يتعلق بالمال.
و قد دل على ذلك قوله تعالى: في آية المداينة:

"فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان" (٢) و قيس على المداينة كل ما يتعلق بالمال. (٣)
و لأن المال و ما يقصد به المال مما يدخله البدل و يكثر فيه التعامل و يطلع عليه الرجال

(١) معين الحكام ص ٩١، ٩٢، المغنى و الشرح ج ١٢ ص ٧، الاختيار لتعليل المختار ج ٢ ص ١٤٠.

(٢) آية رقم ٢٨٢ سورة البقرة.

(٣) ذهب ابن حزم إلى جواز شهادة النساء وحدهن كما تقدم.

و النساء، فليسير^١ على الناس و رفعاً للخرج عنهم، أجاز الشارع الحكيم شهادة النساء مع الرجال. (١)

المطلب الرابع

في

القضاء بشهادة رجل واحد

أجاز الفقهاء شهادة الرجل الواحد فيما لا نص فيه على التعدد، استثناء من الأصل العام مراعاة للضرورة و رفعاً للخرج عن الناس حتى لا تعطل عليهم مصالحهم، وبخاصة فيما يرجع إلى أخبار الديانات و العبادات كما في الإخبار بهلال رمضان و غروب الشمس للإفطار و الإخبار بنجاسة الشيء و طهارته، لرجحان الصدق في خبره باعتبار عقله و دينه. أو فيما كان علماً يؤدي كما في أعمال الخبرة التي يعتمد عليها المخبر نتيجة علمه و خبرته، كما في المقوم و الطبيب و الخبير و نحوهم، أو فيما كان الاعتماد فيه على القرائن التي يطلع عليها القاضي و ترجح جانب الصدق في شهادة الشاهد، و حينئذ يكون القضاء مستنداً إلى مجموع الشاهد و القرينة و ليس إلى واحد منهما كما في اللوث. (٢)

يقول فقهاء الحنفية: إن الخبر الفرد قد يلتحق بالشهادة متى انضمت إليه قرينة لها أثر في إيجاب الصدق.

هذا و قد استظهر ابن القيم جواز الحكم بشهادة الرجل الواحد إذا عرفته صدقه في غير الحدود، مستنداً في ذلك إلى أن طائفة من قضاة السلف العادلين كشريح و زرارة بن أبي أوفى، قضوا بشهادة شاهد واحد من غير يمين صاحب الحق، لأن النبي صلى الله عليه

(١) المغني و الشرح ج ١٢ ص ٩، ١٠.

(٢) معين الحكام ص ٩٤، البحر الرائق ج ٧ ص ٦٨.

وسلم أجاز شهادة الشاهد الواحد في قصة السلب، و قبل شهادة الأعراي على الهلال
و تسمية بعض الفقهاء ذلك إخباراً لا شهادة أمر لفظي لا يقدح في الاستدلال، و لفظ
الحديث يرد قوله.

و لأن الله تعالى لم يوجب على الحكام ألا يحكموا إلا بشاهدين أصلاً، و إنما أمر
صاحب الحق أن يحفظ حقه بشاهدين أو بشاهد و امرأتين، و هذا لا يدل على أن الحاكم
لا يحكم بأقل من ذلك، بل حكم النبي صلى الله عليه وسلم بالشاهد و اليمين و بالشاهد
فقط. (١)

و فيما يلي نذكر طائفة من الوقائع التي نص فقهاء المذاهب الأربعة على أنه يقبل فيها
خبر الواحد.

- ١- هلال رمضان على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، و قيده الحنفية بما إذا
كان بالسما علة كغيم مثلاً، خلافاً للمالكية الذين اشترطوا عدلين،
لأنه من باب الشهادة.
- ٢- القاسم بين الشركاء، و قيده الشافعية بما إذا لم تشتمل القسمة على
تقويم و تعديل.
- ٣- ترجمه الكلام إذا لم يكن القاضي على علم بلسان أحد الخصمين.
- ٤- تركية السر على ما ذهب إليه الحنفية و المالكية، و رسول القاضي
إلى المزكي، لأن ذلك من أمور الدين، فلا يشترط فيه إلا العدالة.
- ٥- تقدير الأرش و تقويم المثل و السلم أنه جيد و رديء.
- ٦- ما بطن من عيوب الحيوان.

(١) الطرق الحكمية ص ٧٩، ٨٨ - ٩٠.

٧- شهادة الطبيب في الجراح إذا أمره القاضي أن ينظر الشجة أو الجراح،
ما طبيعتها و ما عمقها و ما يترتب عليها من آثار.

٨- ما تقبل فيه شهادة النساء منفردات، حيث يجوز شهادة الرجل الواحد
في كل ما جازت فيه شهادة النساء كما يأتي.

٩- الخرص، يكفي بزكاة النبات بخارص واحد، و ذلك على القول بأن
الخرص شهادة ذكر ذلك الشافعية.

١٠- إعمار المسجون، إذا أخبر القاضي رجل واحد ثقة بأن المسجون
معسر أخرجه القاضي من السجن، ذكر ذلك الحنفية.

١١- ثبوت الشهرة بالموت إذا أخبر واحد عدل رجلاً كان أو امرأة بموت
فلان، ثبت الشهرة بالموت، لأن الموت قد يتفق في موضع و لا يحضره
إلا الواحد، فلو لم تثبت الشهرة بقول الواحد، لضاعت الحقوق
المتعلقة بالموت، ذكر ذلك الحنفية.

١٢- الولادة، تقبل شهادة الرجل الواحد بالولادة إذا كان عدلاً.

١٣- حوادث الصبيان، تقبل فيها شهادة الرجل الواحد، كما لو كانوا صبية
في كتاب أو مدرسة أو حرفة، ذكر ذلك الحنفية.

١٤- إسلام الذمي قبل موته، تقبل شهادة المسلم العدل، فيصل عليه،
و لكن لا يحكم بشهادته بالنسبة للإرث و الحرمان، ذكر ذلك
الشافعية.

١٥- اللوث.

اللوث في اللغة: الخلط يقال: لوث الشيء خلطه به، و تلوث ثوبه بالطين تلطخ
به، و لطخه بكذا لطخاً: لوّثه به.

و شرعاً: يراد باللوث: الوجوه التي يقع بها التلويث و التلطيف في الدماء و هي كثيرة و من ذلك: شهادة الواحد على معاينة القتل، لأن به تقوى جهة المدعين في استحقاقهم الدم و وجوب القسامة، و من ذلك: أن يشهد شاهد واحد على إقرار المقتول قبل أن يموت، أن فلاناً قتلني، أو يشهد شاهد واحد على عداوة بينهما أو تهديد منه له أو نحو ذلك.

هذه أمثلة لما يقبل فيه خبر الواحد و غيرها كثير مما يقاس عليها. (١)

خبر الواحد في المعاملات و الديانات

المنصوص عليه في الفقه الحنفي في كتاب الكراهية: أنه يقبل في المعاملات قول الفرد ذكراً أو أنثى مسلماً أو كافراً، و ذلك كقول الكافر: شريت اللحم من ذبيحة مسلم أو كتابي فيحل أو شريته من مجوسي فيحرم، لأن كلامه وقع إخباراً عن الشراء و هو من المعاملات، و الحل و الحرمة فيه ضمني، فلا يمتنع القبول به، حتى لو أخبر أنه حلال أو حرام لا يقبل قوله، لأنه صار قصدياً.

و الحكمة من قبول قول الفاسق و الكافر في المعاملات، أنها يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس، فلو شرطنا شرطاً زائداً، لأدى إلى الحرج، فقبل قول كل منهما دفعاً للحرج، كما إذا أخبر أحدهما أنه وكيل فلان في بيع كذا فيجوز الشراء منه، و كذا في الوكالات و المضاربات و غيرها.

بيد أنه لا بد من قبول قول الواحد في المعاملات، إذا كان غير عدل من أن يكون أكبر- رأي السامع أنه صادق، و ليس يشترط التحري عن خبره، و في الاستحسان

(١) انظر في شهادة الرجل الواحد: تكملة رد المختار ج٧ ص٧٥، معين الحكام ص٩٤، تبصرة الحكام ج١ ص٣٤٧، ٣٥٨، ٣٨٧، نهاية الغتاج ج٨ ص٢٩٣، ٢٩٤، مغنى الغتاج ج٤ ص٤٤١، كشف القناع ج٦ ص٤٢٨، شرح الزركشي ج٧ ص٢٠٣، الطرق الحكمية ص١٤٨، ١٥١.

يشترط التحري عن خيره، و لكنه لا يعد شرطاً في رخصة العمل بقبول الواحد.

أما إذا كان أكبر رأيه أنه كاذب، فلا يسعه أن يتعرض لشيء من ذلك، و ذلك لأن أكبر الرأي يقام مقام اليقين فيما هو أعظم من هذا كالفروج و الدماء، فإن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان و أخبره أنها امرأته و سعه أن يبطأها، إذا كان المخبر ثقة عنده، أو كان أكبر رأيه أنه صادق، و كذا إذا دخل رجل على غيره ليلاً شاهراً سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله، إذا كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله و أخذ ما له، و إن كان أكبر رأيه أنه هارب من لص لم يعجل ذلك.

و الحكم كذلك، إذا عرض إنسان منقولاً أو متاعاً للبيع، فأراد شخص أن يشتريه، فقال له البائع، إن هذه السلعة ملك لفلان و كلني في بيعها أو اشتريتها منه، و المشتري لا يعلم شيئاً من ذلك، إذا كان المخبر ثقة قبل قوله، و إن لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه، لأن إخباره حجة في حقه، أما إذا لم يخبره صاحب اليد بشيء، فإن كان المشتري يعرف أنها ملك لفلان لم يشتريها منه حتى يعلم انتقالها إلى ملك الثاني، لأن يد الأول دليل ملكه، و إن كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها و إن كان ذو اليد فاسقاً، لأن اليد دليل الملك في حق الفاسق و العدل، و لم يعارضها معارض، ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر، إلا أن يكون مثله لا يملك ذلك، كدرة في يد فقير لا يملك شيئاً، أو كتاباً في يد جاهل لم يكن في آبائه من هو أهل لذلك، فحينئذ يستحب له أن يتزهر عن الشراء، و مع ذلك لو اشتراها يرجي أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي و هو اليد.

و لو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثاً، أو كان غير ثقة و أتاها بكتاب من زوجها بالطلاق و لا تدري أنه كتابه أم لا، إلا أنه أكبر رأيها أنه حق، فلا بأس بأن تعتد ثم تتزوج، لأن القاطع طارئ و لا منازع و كذا لو قالت

لرجل: طلقني زوجي و انقضت عدتي فلا بأس أن يتزوجها، و كذا إذا قالت المطلقة ثلاثاً، انقضت عدتي و تزوجت بزواج آخر و دخل بي، ثم طلقني و انقضت عدتي، فلا بأس أن يتزوجها الزوج الأول، و ذلك لأن القاطع طارئ و لا منازع، و القاطع إذا كان طارئاً و لا منازع للمخبر به، يقبل قول الواحد، فإن كان ثقة لا يحتاج إلى غيره، و إن لم يكن لابد من انضمام أكبر رأي المخبر له.

فإن قيل: إذا قبل خبر الواحد في إفساد النكاح بعد الصحة في هذه الأمثلة و ما ماثلها من هذا الوجه، فهناك وجه آخر يوجب عدم القبول في هذه الأمثلة أيضاً، و هو أن الملك للزوج فيها ثابت، و الملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد.

فيجاب عن ذلك: بأن ذلك إذا كان الملك ثابتاً بدليل موجب، و ملك الزوج فيها في الحال ليس ثابتاً بدليل موجب، بل باستصحاب الحال، و خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال، لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة أصلاً بخلاف خبر الواحد.

قبول قول الواحد في الديانات

الديانات هي التي بين العبد و ربه، فهي عرفاً حق الله تعالى و هي على قسمين: عبادات خمسة: صلاة و زكاة و صوم و حج و جهاد، و مزاجر خمسة مزجورة، قتل نفس و أخذ مال و هتك ستر و خلع البيضة (١) و ثلم عرض (٢).

و من أمثلة الديانات: الإخبار بالحلل و الحرمة كالإخبار بحل الطعام و حرمة، و كالإخبار بتنجاسة الماء و طهارته، و الإخبار برؤية هلال رمضان و كالإفتاء و رواية الحديث، فهذه الأمثلة و ما ماثلها يقبل فيها قول العدل، و هو المسلم المرضي، إذا

(١) نقض العهد.

(٢) الثلمة في الحائط و غيره الخلل، و ثلم الجدار و غيره ثلماً، أحدث فيه شقاً و الإناء كسر حرفه و يقال: ثلم في ماله و عرضه، للعجم الوسيط و المصباح المنير مادة: ثلم.

لم يتضمن قوله زوال الملك، لأن بطلان الملك لا يثبت بخبره، و ليس من ضرورة ثبوت
الحرمة عند إخباره بحرمة الطعام و الشراب بطلان الملك.

أما إذا تضمن خبر الواحد زوال الملك، فلا يقبل خبره، كما إذا أخبر رجل عدل أو
امراً عدلة الزوجين بأنهما ارتضعا من امرأة واحدة، بل لابد من شهادة رجلين أو رجل
و امرأتين، لأن الحرمة هنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان خبره متضمناً لزوال الملك.
و الفرق بين عدم زوال الملك هنا بخبر الواحد العدل، و بين زواله في الإخبار عن
المعاملات في الحل و الحرمة، أن المراد من زوال الملك هنا، زوال الملك الثابت بدليل
موجب، لا زواله و لو كان باستصحاب الحال، كما في الأمثلة التي ذكرت في الحل
و الحرمة في المعاملات، و ذلك لأن خبر الواحد هناك أقوى من استصحاب الحال،
لكون الاستصحاب حجة دافعة و ليست مثبتة أصلاً.

و مما يقبل فيه قول المسلم العدل، الإخبار بنجاسة الماء و طهارته، حتى إذا أخبر
مسلم مريض بأن الماء نجس لا يتوضأ منه و يتيمم.

أما قول الفاسق في الديانات، فيتبع فيه أكبر الرأي بعد التحري عن خبره، لأنه لا
رخصة في قبول خبره في الديانات بدون التحري، و المقصود بالتحري هنا طلب ما هو
أحرى الأمرين في غالب الظن، فإن كان أكبر رأيه بعد التحري أنه صادق في إخباره
بنجاسة الماء يتيمم و لا يتوضأ، لترجيح جانب الصدق و إن كان أكبر رأيه أنه كاذب
يتوضأ و لا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري.

أما المستور الحال، فلا يقبل قوله في ظاهر الرواية، لأنه لابد من اعتبار شطري
الشهادة ليكون الخبر ملزماً، و قد سقط اعتبار العدد، فبقى اعتبار العدالة. و عن أبي
حنيفة يقبل قوله فيها جرباً على مذهبه، أنه يجوز القضاء به، ذلك لأن الأصل عند
أبي حنيفة في الشهادة، أن يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة دون حقيقتها، و لا ريب أن

المستور ظاهر العدالة لقوله صلى الله عليه وسلم: المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف* و لقول عمر رضي الله عنه: المسلمون عدول بعضهم على بعض. وهذا جوز أبو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيم يثبت مع الشبهات أي فيما عدا الحدود و القصاص، إذا لم يطعن الخصم، ولا يخفي أن ظاهر العدالة متحقق في المستور الحال، لكن الفتوى في المذهب الحنفي على ظاهر الرواية وهو ما روي عن أبي يوسف ومحمد.

و السبب في اشتراط العدل في الديانات، أو العمل بأكبر الرأي بعد التحري و التثبت، أن الإخبار في الديانات لا يكثر وقوعها بين الناس، فلا حرج في اشتراط العدالة، و لا حاجة إلى قبول قول الفاسق لأنه متهم فيها. (١)

المطلب الخامس

في

شهادة النساء وحدهن

لا خلاف بين الفقهاء في قبول شهادة النساء منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال عادة من شئون النساء، من الولادة و الاستهلال و عيوب ما تحت الثياب كالرتق و القرن (٢) و البكارة و الثيوبه و الحيض و الحمل (٣) و ما أشبه ذلك، حرة كانت المشهود عليها أو أمة.

قال الزهري فيما رواه ابن أبي شيبة عنه: مضت السنة أنه تجوز شهادة النساء فيما

(١) انظر فيما تقدم: الفتح على الهداية و العناية عليها ج ٨ ص ٨٤، ٨٥، و ج ١٢٢ و ما بعدها، مجمع

الأمر في شرح ملقى الأبحر ج ٢ ص ٥٣٠ و ما بعدها.

(٢) الرتق بفتححات: انسداد عضو التاسل، و القرن بفتححات: غدة في عضو التاسل تمنع الاختلاط الجنسي.

(٣) إذا ادعت زوجة المتوفى أنها حامل، تعرض على امرأة ثقة، فإن لم يوقف على شيء من علامات الحمل قسم

ميراثه، فإن وقف على شيء من علامات الحمل يوقف نصيب ابنين، تكملة رد المختار ج ٧ ص ٧٥.

لا يطلع عليه غيره. (١)

و روى عن ابن عمر: لا تجوز شهادة النساء وحدهن إلا على ما لا يطلع عليه غيره من عورات النساء و جهلهن و حيضهن. (٢)

و روى عن عطاء قال: تجوز شهادة النساء على الاستهلال. (٣)

و قال ابن قدامة في المغنى: لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في قبول شهادة النساء المنفردات فيما لا يطلع عليه الرجال. (٤)

و لأنه لو لم تقبل شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيره، لبطلت عند التجاحد. فكان قبول شهادتهن منفردات على عورتهن ضرورة دعت إليها الحاجة.

و هل تقبل شهادة الرجال فيما تقبل فيه شهادة النساء منفردات أم لا تقبل.

يقول الشافعية. إن كل شيء يقبل فيه قول النساء منفردات يقبل فيه كذلك شهادة رجلين أو رجل و امرأتين.

و يقول الحنفية و الحنابلة: يقبل في كل ذلك شهادة رجل واحد لكماله. (٥)

النصاب المعتبر في شهادة النساء منفردات:-

اختلف الفقهاء في توقف ما تقبل فيه شهادة النساء منفردات على عددهن على ثلاثة أقوال.

(١) مصنف ابن أبي شيبة ج ٦ ص ١٨٥، الخلى لابن حزم ج ١٠ ص ٥٧٠ الطرق الحكيمة ص ١٧٨.

(٢) الطرق الحكيمة ص ١٧٨، الخلى ج ١٠ ص ٥٧٠.

(٣) المصنف لابن أبي شيبة ج ٦ ص ١٨٦.

(٤) المغنى و الشرح ج ١٢ ص ١٥.

(٥) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٩٦، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٤٢، كشاف القناع ج ٦ ص ٤٣١.

القول الأول - يشترط في قبول شهادتهن منفردات أن يكون عددهن أربعاً، فإن كن أقل من ذلك فلا تقبل شهادتهن.

ذهب إلى ذلك: الشافعية. (١)

و استدلو عليه، بأن قولهن شهادة، وأقل الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان، فلذلك اعتبر في شهادتهن العدد المنصوص عليه في قوله تعالى: "فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان".

و لأن شهادة النساء منفردات أجازها الشارع للضرورة لتعذر الرجال، و لا تقبل شهادة الرجال إلا من رجلين، فكان اعتبار العدد في النساء أولى.

القول الثاني - يشترط في قبول شهادتهن، أن تكونا اثنتين على الأقل.

ذهب إلى ذلك: المالكية و الحنابلة في رواية. (٢)

و استدلو عليه، بأن كل جنس يثبت به الحق، يثبت باثنتين كالرجال، و معلوم أن الرجال أكمل عقلاً من النساء، و مع ذلك لم يقبل منهم في الشهادة أقل من اثنتين. قال الإمام مالك: كل شيء يقبل فيه شهادة النساء وحدهن، فلا يقبل فيه أقل من اثنتين و لا تجوز شهادة امرأة واحدة.

القول الثالث - لا يشترط في قبول شهادتهن عدد بل الواحدة تكفي.

ذهب إلى ذلك: الحنفية و الحنابلة في الصحيح من المذهب. (٣)

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٩٦، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٤٢، ٤٤٣.

(٢) بصره الحكام ج ١ ص ٣٥٨، المغنى و الشرح ج ١٢ ص ١٧.

(٣) إذا كان الحنفية لا يشترطون العدد كالحنابلة، إلا أن لهم في شهادة النساء على الرضاع رأياً آخر، و هو أنه لا بد من شهادة كاملة، كذلك الشهادة على استهلال الصبي في حق الإرث على ما ذهب إليه أبو حنيفة، خلافاً لأبي يوسف و محمد، حيث يثبت عندهما بشهادة القابلة وحدها و حق الصلاة عليه و حق الإرث منه و له. تكملة

استدل الحنابلة بما روى عن عقبة بن الحارث قال: تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فأتت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فأعرض عني، ثم أتيت فقلت يا رسول الله إنها كاذبة قال: "كيف و قد زعمت ذلك" أخرجه البخاري في كتاب الشهادات.(١)

دل الحديث صراحة و نصاً على قبول شهادة المرأة الواحدة على الرضاع و يقاس عليه غيره مما يشترك معه في المعنى و هو كل ما لا يطلع عليه الرجال عادة من عورات النساء.

و يقول أبو حنيفة. إن الشارع لم يشترط الذكورة فيما لا يطلع عليه الرجال، قال صلى الله عليه وسلم: شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع للرجال النظر إليه و العلة في ذلك عدم كثرة النظر إلى عورات النساء فكانت شهادة النساء، لأن نظر الجنس أخف، فكما لم تشترط الذكورة، لم يشترط كذلك العدد.

هذه هي أقوال الفقهاء و أدلتهم و بالنظر فيها يتبين أن أرجحها هو القول الثالث و هو أنه لا يشترط العدد في شهادة النساء على عورات النساء لقوة دليله، و لأن ما

= رد المختار جـ ٧ ص ٧٣، ٧٥، معين الحكام ص ٩٥، المغنى و الشرح جـ ١٢ ص ١٥، كشف القناع جـ ٦ ص ٤٣١.

(١) اختلف الفقهاء في تأويل هذا الحديث، فبعضهم على أنه نص في بابه و بعضهم على أنه محمول على التنبؤ و الاستحباب، و بعضهم على أنه من باب الاحياط، و من هنا ذهب الحنابلة إلى أن الرضاع يثبت بشهادة امرأة واحدة عملاً بنص الحديث، و ذهب الحنفية إلى أن الرضاع لا يثبت إلا بشهادة كاملة رجلين أو رجل و امرأتين، و ذهب المالكية إلى أنه لا يثبت إلا بشهادة امرأتين، أما الشافعية فعلى أن الرضاع لا تثبت إلا بشهادة أربع من النساء، أن كن منفردات. انظر: مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٤٣، تكملة رد المختار جـ ٧ ص ٧٩ معين الحكام ص ٩٦.

لا يضم إليه قول الرجل لا يعتبر فيه العدد، فالعدد شرط فيما يطلع عليه الرجال بالنص، أما ما لا يطلع عليه الرجال فكما صحت شهادة الرجل منفرداً ضرورة ليخف النظر، تصح كذلك شهادة المرأة منفردة للضرورة أيضاً. إذا كانت هذه مسلمة عدلة كما يقول الحنفية، عارفة بالطب إذا كانت الشهادة على عيب من العيوب كما يقول الشافعية.

شهادة بعض النساء على بعض فيما يقع بينهن من القتل والجراح:-

قد تتشاجر النساء و تتعارك في أماكن تواجدهن وحدهن كما في الحمامات الخاصة بالنساء أو الأفراح أو المآتم أو مساكن الطالبات و مدارس البنات و غير ذلك من صور الحياة المعاصرة التي نعيشها، و قد ينتهي شجارهن و تشابكهن إلى قتل بعضهن أو جرحهن فهل تقبل شهادتهن على بعضهن أم لا تقبل.

للفقهاء في ذلك قولان:

القول الأول- تقبل شهادتهن على بعضهن فيما يقع بينهن من القتل والجراح في المواضع المذكورة.

ذهب إلى ذلك: الحنفية في القول المعتمد و الحنابلة في الصحيح من المذهب و المالكية في قول.

القول الثاني- لا تقبل شهادتهن على بعضهن في المواضع المذكورة بحال.

ذهب إلى ذلك: الحنفية و المالكية في قولين هما.

استدل القائلون بقبول شهادتهن، بأن الحاجة قد تدعو إلى هذا التجمع، فإذا

لم تقبل شهادتهن على بعضهن اهدرت دماؤهن و ذلك لا يجوز.

غاية الأمر أن بعض المالكية قيد قبول هذه الشهادة بما إذا كان الفرح مباحاً

شريعاً لا يختلط فيه الرجال مع النساء، و لم يكن هناك منكر بين، و كان دخولهن الحمام

بالملايس التي لا تكشف شيئاً مما يجب عليهن ستره، وكذلك المآثم لا يحل لهن حضوره إذا كان فيه نوح و ما أشبه ذلك مما حرمه الشارع.

أما إذا كن في الحمام غير ساترات لما يجب عليهن ستره أو في الأفراح التي يمتزج فيها الرجال بالنساء أو في المآثم التي فيها نوح و ما أشبه ذلك مما حرمه الشارع فلا تقبل شهادتهن، لأن بحضورهن هذه المواضع تسقط عدالتهن، والله تعالى اشترط العدالة في الرجال و النساء بقوله: "ممن ترضون من الشهداء".

أما البعض الآخر من المالكية فلم يقيد القول بقبول شهادتهن بل أطلقه و لو كن غير عدول لأنه موضع لا يحضره العدول.

و استدل القائلون بعدم قبول شهادتهن، بأن الغالب عدم ضرورتهن إلى الاجتماع في هذه الأماكن، فإذا اجتمعن و تقاتلن كان التقصير مضاف إليهن لا إلى الشرع.

هذه هي أقوال الفقهاء، و بالنظر فيها يتبين أن أرجحها هو القول بقبول شهادتهن في هذه المواضع و لو سقطت عدالتهن للضرورة و لتلا تذهب دماؤهن هدرًا، و قد قال على رضي الله عنه لا يطل دم امرئ مسلم؟ (١)

و لأن المعصية لا تنافي إقامة الأحكام، فمن كان في حانة الخمر مثلاً تجرى له و عليه الأحكام، و كما يقول ابن راشد المالكي، و لم يزل النساء يجتمعن في الاعراس و المآثم في زمنه صلى الله عليه وسلم و هلم جرا إلى يومنا هذا فكان قبول شهادتهن للضرورة. (٢)
هذا و قد نص الحنابلة على قبول شهادتهن و لو كانت الشاهدة امرأة واحدة على الصحيح من المذهب.

(١) المغنى و الشرح جـ ١٢ صـ ٦٩.

(٢) تبصرة الحكام جـ ١ صـ ٣٦٠، ٣٦١، الانصاف جـ ١٢ صـ ٤١، ٨٦، تكملة رد المحتار جـ ٧ صـ ٧٣،

٧٥، شرح الزركشي جـ ٧ صـ ٣٠٣، ٣٠٤.

ففي الانصاف: و مما يقبل فيه امرأة واحدة الجراحة و غيرها في الحمام و العرس
و نحوهما مما لا يحضره رجال على الصحيح من المذهب. (١)

المبحث السابع

في

القضاء بشاهد واحد و يمين المدعى

إذا عجز المدعى عن إثبات دعواه بالحجة التامة، شهادة رجلين أو رجل و امرأتين،
كما لو مات أحد شاهدي التحمل أو غاب و انقطعت أخباره أو لم يوجد من يتحمل
الشهادة إلا رجلاً واحداً، فهل يصح القضاء شرعاً بشهادة هذا الشاهد وحده مع يمين
صاحب الحق أم لا يصح؟

عامّة العلماء و الفقهاء على أن الشهادة إذا كانت على حد أو قصاص أو حق غير
مالي أو كانت شهادة على شهادة، أنه لا يصح فيها القضاء إلا بشهادة تامة لخطورتها،
و لأن ما لا يثبت برجل و امرأتين، لا يثبت برجل واحد و يمين صاحب الحق من باب
أولى. (٢)

أما إذا كانت الشهادة على حق مالي أو حق يتول إلى المال. فقد اختلف الفقهاء
في صحة القضاء بالشاهد الواحد و يمين المدعى و عدم صحته على قولين:

القول الأول - يجوز القضاء بشاهد واحد و يمين المدعى.

ذهب إلى ذلك: المالكية و الشافعية و الحنابلة.

و هذا القول مروى عن: الخلفاء الأربعة أبي بكر و عمر و عثمان و علي رضي

(١) الانصاف ج١٢ ص٤١، ٨٦.

(٢) بصرة الحكام ج١ ص٣٢٦، ٣٢٧، المغنى و الشرح ج١٢ ص١٠، الانصاف ج١٢ ص٨٢، مغنى

الاحتاج ج٤ ص٣٤٤.

الله عنهم أجمعين.

و هو قول: فقهاء المدينة السبعة و عمر بن عبد العزيز و الحسن و شريح و غيرهم كثير. (١)

القول الثاني - لا يجوز القضاء بشاهد واحد و يمين المدعى.

ذهب إلى ذلك: الحنفية و بعض فقهاء المالكية من الأندلسيين.

استدل أصحاب القول الأول على جواز القضاء بشاهد واحد و يمين المدعى

بجملة من الأحاديث النبوية رواها أكثر من عشرين صحابياً و من ذلك: ما رواه

أحمد و مسلم و أبو داود و ابن ماجة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين و شاهد و في رواية لأحمد.

"إنما كان ذلك في الأموال"

و غير ذلك مما رواه أصحاب السنن مما يشترك معه في اللفظ أو المعنى. (٢)

وجه الدلالة من الحديث:

دل الحديث صراحة على صحة القضاء بالشاهد الواحد و يمين المدعى، و ذلك بيان منه صلى الله عليه وسلم للأمة لطريق من طرق القضاء لتسير عليه في أحكامها، و قد عمل به الصحابة و التابعون و عليه جرى قضاؤهم.

و الحديث و إن كان مطلقاً في جواز القضاء بالشاهد الواحد و يمين المدعى، إلا أنه قيد في رواية الإمام أحمد، بأنه كان في الأموال خاصة، فحمل المطلق على المقيد، و قد دل على هذا التقييد شاهد آخر و هو قوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرجه الدارقطني

(١) المغني و الشرح ج ١٢ ص ١٠، ١٢، الطرق الحكيمة ص ١٥٤ - ١٦٥، تبصرة الأحكام ج ١ ص ٣٢٥

- ٣٢٩، مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٤٣، فهایة المحتاج ج ٨ ص ٢٩٦، نيل

الأوطار ج ٨ ص ٢٩٢ - ٢٩٦.

(٢) نيل الأوطار ج ٨ ص ٢٩٣ و ما بعدها، سبل السلام ج ٤ ص ١٣١.

من حديث أبي هريرة مرفوعاً: "استشرت جبريل في القضاء باليمين و الشاهد فأشار علي بالأموال لا تريد على ذلك". (١)

فهذا الحديث و إن كان الشوكاني قد وصف إسناده بأنه ضعيف، إلا أنه تفق مع ما رواه الإمام أحمد.

اعترض على الحديث بأنه ضعيف لا يصح الاستدلال به:-

قال عنه الدوري في تاريخ يحيى بن معين: ليس بمحفوظ، و عدم حفظه دليل على القدح فيه.

و قال البيهقي: أعله الطحاوي بأنه لا يعلم قيساً يحدث عن عمرو بن دينار عن ابن عباس بشيء.

و قال الترمذي في العلل: سألت محمداً يعني البخاري عن هذا الحديث فقال: لم يسمعه عندي عمرو من ابن عباس.

و على فرض التسليم بصحة الحديث، فيحمل اليمين فيه على يمين المدعى عليه، لأن الشاهد الواحد لا يكفي في ثبوت الحق، فتجب اليمين على المدعى عليه، لأن وجود الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه، فترجع إلى يمين المنكر و هو المدعى عليه.

و اجيب عن الوجه الأول من الاعتراض بأن الحديث صحيح قال في التلخيص قال الشافعي: هذا الحديث ثابت لا يرده أحد من أهل العلم لو لم يكن فيه غيره، مع أن معه غيره ما يشده و يقويه.

و قال النسائي: إسناده جيد.

و قال البزار: في الباب أحاديث حسان أصحابها حديث ابن عباس.

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٩٤.

و قال ابن عبد البر: لا مطعن لأحد في اسناده.

أما قول البيهقي أن الطحاوي قد أعله، فقد أجاب عنه البيهقي نفسه، بأنه ليس شرطاً بأن ما لا يعلمه الطحاوي لا يعلمه غيره، ثم روى بإسناد جيد حديثاً من طريق وهب بن جرير عن أبيه عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس، و هو حديث الذي وقصته ناقته و هو محرم ثم قال: إذا روى الثقة عما لا ينكر سماعه منه حديثاً واحداً، وجب قبوله وإن لم يرو غيره. على أن قيساً قد توبع عليه.

و أما قول البخاري لم يثبت عنده سماع عمرو من ابن عباس، فقد أجاب عنه الحاكم، بأن عمرو سمع من ابن عباس عدة أحاديث و سمع جماعة من أصحابه، فلا ينكر أن يكون سمع منه حديثاً و سمعه من بعض أصحابه عنه فحديث ابن عباس صحيح و لا مطعن عليه لأنه ليس من شرط قبول رواية الأخبار، كثرة رواية الرواي عن روى عنه. (١)

و اجيب عن الوجه الثاني من الاعتراض بأنه:-

أولاً- مخالف للغة العربية، لأن المعية تقتضي أن تكون بين شئين في وجهة واحدة لا في المتضادين.

ثانياً- بأن القضاء بشاهد و يمين المدعى، جاء مصرحاً به فيما رواه الإمام أحمد و الدارقطني عن علي رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم، قضى بشهادة شاهد واحد و يمين صاحب الحق.

فالقضاء يشاهد واحد و يمين صاحب الحق ثابت بالأحاديث الصحيحة التي

لا مطعن عنها. (٢)

(١) تكملة الفتح شرح الهداية ج٦ ص ١٥٥، ١٥٦.

(٢) نيل الأوطار ج٨ ص ٢٩٢.

و استدل أصحاب القول الثاني على أنه لا يصح القضاء يشاهد و يمين بالقرآن و السنة و المعقول.

أما القرآن:

فقوله تعالى: "و استشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان و قوله جل شأنه: "و اشهدوا ذوي عدل منكم".

وجه الدلالة:

دلت الآيتان صراحة و نصاً على أن الإثبات بالشهادة وسيلته رجلان أو رجل و امرأتان و اقتصرتا على ذلك في مقام البيان، و الاقتصار في مقام البيان يفيد الحصر. فالقول بجواز القضاء يشاهد و يمين المدعى، زيادة تخالف نص الآيتين، و الزيادة على حكم القرآن تعتبر نسخاً له، و نسخ القرآن لا يجوز بخبر الواحد، فالقضاء يشاهد و يمين لا يجوز.

اعترض على وجه الدلالة من الآيتين بعدة وجوه:-

الوجه الأول- أن دلالة الآيتين على عدم جواز القضاء يشاهد و يمين، إنما هو بمفهوم المخالفة و هو ليس حجة عند الحنفية، و من ثم يكون القول، بأن الاقتصار في مقام البيان يفيد الحصر مردود، لأن إفادته ذلك جاءت بطريق مفهوم المخالفة الذي هو من الحجج الفاسدة عندهم.

الوجه الثاني- على فرض التسليم بأن المسكوت عنه و هو المفهوم حجة كالمنطوق، فشرط العمل به ألا يعارضه ما هو أقوى منه، فإن عارضه دليل أقوى منه، وجب العمل به و إطراح المفهوم، و في القضاء يشاهد و يمين، عارض المفهوم منطوق حديث: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ياليمين و الشاهد، فيعمل به و لا يعمل بالمفهوم.

الوجه الثالث - أن قضاءه صلى الله عليه وسلم، بالشاهد و اليمين، لم ينسخ الآيتين، و ليس هو مخالف لهما.

ذلك، لأن النسخ رفع للحكم، و القضاء بالشاهد و اليمين، لم يرفع الحكم بل هو باق كما هو، و غايته أن القرآن الكريم، يبين أن الحقوق تثبت بشهادة رجلين أو رجل و امرأتين أما ثبوتها برجل و يمين صاحب الحق، فسكت عنه القرآن، و لم يصرح به و لم ينفعه، فجاءت السنة و أجازت القضاء بشهادة رجل واحد و يمين المدعى. و السنة مصدر من مصادر التشريع و وظيفتها أنها تفسر القرآن و تبين مجمله و تخصص عمومه و تقيده مطلقه و توضح مشكله و تأت بأحكام مبتدأة سكت عنها القرآن.

قال تعالى: "و أنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم" و قوله تعالى: "و ما أتاكم الرسول فخذوه و ما نهاكم عنه فانتهوا" و قوله تعالى: "فلا و ربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت". و لقد ثبت أن كثيراً ما يذكر القرآن أمراً أو أموراً و تذكر السنة الباقي و من ذلك:

١- قوله تعالى في آية المحرمات بعد أن ذكر سبحانه ما يحرم من النساء على الرجال، "و أحل لكم ما وراء ذلكم" فإن لفظ ما من ألفاظ العموم و هو يتناول كل أنثى ما عدا المحرمات اللاتي سبق ذكرهن في قوله تعالى: "حرمت عليكم أمهاتكم و بناتكم..." (١). و ليس من بين المحرمات في الآية: أن يجمع الشخص بين المرأة و عمتها أو خالتها ثم جاءت السنة بتحريم هذا الجمع و ذلك فيما رواه البخاري و مسلم: "لا يجمع بين

(١) آية رقم ٢٣ سورة النساء.

المرأة و عمتها و لا بين المرأة و خالتها" فهل هذا التحريم يخالف ما جاء بالقرآن، أم أنه بيان لما سكت عن القرآن.

٢- قال تعالى: يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين "فلفظ أولادكم جمع مضاف و هو يتناول بعمومه جميع الأولاد متفقين في الديانة أو غير متفقين قاتلين أو غير قاتلين فالجميع يستحق الإرث، ثم جاءت السنة فحرمت الولد القاتل من الميراث - و حرمت الولد المختلف في الديانة من الميراث كذلك، قال صلى الله عليه وسلم : "لا يرث القاتل" و قال صلى الله عليه وسلم: "لا يرث الكافر المسلم".
فهل مثل ذلك مخالف لما في القرآن، أم أنه بيان لحكم سكت عنه القرآن.
إن حديث القضاء بالشاهد و اليمين، هو مثل ذلك.

٣- لم تنص آية الموارث صراحة على ميراث الجدة، فينته السنة.

٤- شهادة القابلة على الولادة، ثبتت بالسنة. إلى غير ذلك من الأحكام التي سكت عنها القرآن و جاءت بها السنة.

قد يقال: إن هذه الأحاديث مشهورة فصح العمل بها بخلاف حديث القضاء بالشاهد و اليمين، فهو خير آحاد و يجاب عن ذلك: بأن حديث القضاء يشاهد و يمين، كذلك بلغ حد الشهرة، فقد رواه أكثر من عشرين صحابياً.
السنة النبوية:-

استدل الحنفية على عدم جواز القضاء بشاهد واحد و يمين صاحب الحق بالسنة النبوية و من ذلك:

أولاً- ما رواه البيهقي و غيره عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما، أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطي الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم و دماءهم لكن البينة على المدعى و اليمين على من أنكر".
وجه الدلالة من الحديث:

أنه صلى الله عليه وسلم قابل بين المدعى و المدعى عليه. و قسم بينهما طريقي القضاء، فجعل جنس البينة على المدعى و جعل جنس اليمين على المدعى عليه. (١)
فلو كان للمدعى يمين أيضاً، لما صحت القسمة و لا المقابلة، لأن القسمة تنافي الشركة. و فضلاً عن ذلك: فإن أول الحديث و هو قوله صلى الله عليه وسلم: لو يعطي الناس بدعواهم "يمنع من القضاء بمجرد الدعوى، و القضاء يشاهد و يمين، قضاء بمجرد الدعوى، لأن المدعى استحق بدعواه.
أعترض على وجه الدلالة من الحديث بعدة أوجه:-

الوجه الأول- أن معنى قوله صلى الله عليه وسلم: "اليمين على من أنكر" محمول على ما إذا لم يكن مع المدعى أصل الشهادة و هي الرجلان أو الرجل و المرأة.
أما إذا لم يكن معه إلا شاهد واحد، فالحديث ليس نصاً فيه، و إنما منعه مأخوذ من مفهوم المخالفة و هو ليس حجة عند الحنفية، فلا يصح الاستدلال به على منع القضاء بشاهد و يمين و خاصة و أن القضاء به ثبت نصاً و منطوقاً عن طريق عدد يزيد على العشرين صحابياً.

الوجه الثاني- أن البينة في الحديث: اسم لكل ما يبين الحق و يظهره، و ذلك يتناول كل أنواع البينة، و هي تصدق: بشاهدين و شاهد و يمين، فالخبر ليس مراداً من الحديث.

(١) ذلك لأن الألف و اللام في لفظ البينة للجنس، حيث لم يسبقها معهود، و البينة على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هي: الشهادة، و كذلك الألف و اللام في اليمين، نيل الأوطار ج ٨ ص ٣١٦.

الوجه الثالث—أن الحكمة من جعل البينة على المدعى واليمين على المتكبر هي أن جانب المدعى ضعيف، لأنه ليس معه إلا إخباره بدعواه، فكلف الحجة القوية وهي شهادة رجلين أو رجل و امرأتين لتقوية دعواه خلاف الظاهر، فإذا عجز عنها و شهد له شاهد واحد، فإن جانبه يكون قد قوى على جانب المدعى عليه.

أما المدعى عليه فهو الجانب القوي لأن الظاهر معه، فالأصل براءة الذمة، و باستصحاب هذا الأصل يكون بريئاً و خال العهدة حتى تثبت إدانته أو شغل ذمته، فكانت اليمين في جانبه لأنه الأقوى و بذلك يكون الشارع قد وزع على كل طرف ما يناسبه اليمين في جانب الأقوى و البينة في جانب الأضعف. (١)

فإذا شهد للمدعى شاهد على صحة دعواه، فإن جانبه يكون قد قوى على جانب المدعى عليه المتمسك بالبراءة الأصلية، و من ثم تتحول اليمين إليه، لأنه حينئذ أقوى المتداعين.

الوجه الرابع— إن القول بأن المدعى استحق بدعواه و يمينه و أنه مخالف للحديث فهو مردود، لأن القضاء بالشاهد و اليمين معاً، و ليس باليمين فقط، و يظهر أثر ذلك إذا رجع الشاهد عن شهادته، حيث لا يغرم إلا نصف الحق، كما ذهب إليه جمهور القائلين بالقضاء بالشاهد و اليمين. (٢)

استدلوا ثانياً بقوله صلى اله عليه وسلم فيما رواه البخاري و مسلم عن الاشعت بن قيس قال: كان بيني و بين رجل خصومة في بئر فاخصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "شاهداك أو يمينه" (٣)

(١) نيل الأوطار ج ٨ ص ٣١٧.

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٢٨، نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٩٦، ٢٩٧.

(٣) نيل الأوطار ج ٨ ص ٣١٣.

وجه الدلالة:

دل قوله صلى الله عليه وسلم "شاهدك أو يمينه" على أن المدعى مخير بين أمرين لا ثالث لهما. شهادة شاهدين أو يمين المدعى عليه.

فالقول بالقضاء بالشاهد واليمين، ينافي التخيير لأنه أمر ثالث لم يذكره الحديث.

اعترض على وجه الدلالة من الحديث بثلاثة وجوه:-

الوجه الأول- بأن تخيير الرسول صلى الله عليه وسلم المدعى بين الشاهدين ويمين المدعى عليه محمول على أن المدعى لم يكن معه شهادة أصلاً، فكان التخيير بين أن يأتي بالشهادة التي تصدق بشاهد ويمين، وبين يمين المدعى عليه.

الوجه الثاني- على فرض التسليم بأن منطوق حديث: "شاهدك أو يمينه" نص في الشاهدين فإن منطوق حديث: "القضاء بشاهد ويمين" نص كذلك في الشاهد واليمين، ولا تعارض بينهما، لأن كلاً منهما أثبت حكماً جديداً وبين طريقاً آخر، لإثبات الحق والحكم به فيضم هذا إلى هذا ويعمل بهما جميعاً كطرق متعددة في الإثبات.

الوجه الثالث- أن تخيير المدعى لو كان بين أمرين لا ثالث لهما لبطل قول الحنفية في صحة القضاء بالنكون وهم يقولون به:

المعقول، وهو أن اليمين لو كانت تقوم مقام الشاهد الثاني لصح تقديمها على شهادة الشاهد كما هو الحال في الشاهدين، لكن تقديمها على شهادة الشاهد الثاني لا تجوز، فلا يصح أن تكون اليمين قائمة مقام الشاهد الثاني:

اعترض على المعقول:

بأن يمين المدعى لا يلجأ إليها القاضي، إلا بعد أن يسمع شهادة الشاهد ويتحرى عن عدالته وصدقه ويتأكد من أن شهادته متتحة في الدعوى وتطابقها، وأن المدعى

ليس له شاهد آخر، حينئذ فقط يطلب القاضي يمين المدعى.

هذه هي أقوال الفقهاء و أدلتهم في مسألة القضاء بشاهد و يمين المدعى و ما ورد عليها من مناقشات و بالنظر فيها يتبين أن أرجحها هو القول بجواز القضاء بشاهد و يمين المدعى لقوة أدلته، و لثبوته عن الرسول صلى الله عليه وسلم و لعمل الصحابة و التابعين به من بعده، و لأن القضاء بشاهد و يمين ما هو إلا بيان لطريق من طرق القضاء كما أن القضاء بشاهدين طريق من طرق القضاء كذلك و لا منافاة بين الطريقتين فكلاهما ثابت و صحيح.

و قد ثبت بالسنة طرق أخرى غير القضاء بشاهد و يمين لم تذكر في القرآن و من ذلك نكول المدعى عليه عن اليمين مع أنه كما يقول ابن تيمية رحمه الله (١) "أشد مخالفة من الشاهد و اليمين" و من ذلك: الحكم بالقافة التي ثبتت بالسنة التقريرية و أما قوله تعالى: "و استشهدوا شاهدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان" فإنه فضلاً عما ورد من مناقشات على وجه دلالة الآية على الاقتصار في الإثبات بالشهادة على رجلين أو رجل و امرأتين، فإنه لا يدل كذلك على عدم جواز القضاء بالشاهد و اليمين. ذلك لأن الله تعالى لم يذكر شهادة الرجلين أو الرجل و المرأتين في معرض بيان طرق الحكم عند القاضي ليحكم بمقتضاها، بل ذكرهما ليفيد أنهما طريقان لحفظ الحقوق و صيانتها مخافة جحودها و إنكارها، لأن الآية واردة في تحمل الشهادة و ليس في أداء الشهادة، و خلاف الفقهاء في الأداء دون التحمل، و مما يوضح أن الآية واردة في التحمل دون الأداء قوله تعالى في الآية نفسها: أن تضل إحداها فتذكر إحداها الأخرى، كذلك سياق آية المدانية من أولها إلى نهايتها إرشاد من الله تعالى لطرق حفظ الحق بالكتابة أو الرهن أو الاشهاد، و ليس من المعقول أن تكون الكتابة أو الرهن أمام

(١) الطرق الحكيمة ص ١٥٨.

القاضي، فما يحفظ الحقوق من الطرق شيء و ما يحكم به القاضي شيء آخر. و الله أعلم.

القضاء بشهادة امرأتين و يمين صاحب الحق:-

القائلون بجواز القضاء بشهادة الرجل الواحد و يمين صاحب الحق، اختلفوا في جواز القضاء بشهادة المرأتين و يمين صاحب الحق على قولين:

القول الأول- يجوز القضاء بشهادة المرأتين و يمين صاحب الحق فيما تقبل فيه شهادة الرجل الواحد و يمين صاحب الحق و هو المال أو ما يؤول إلى المال.

ذهب إلى ذلك: المالكية و الحنابلة في قول.(١)

القول الثاني- لا يجوز القضاء بشهادة المرأتين و يمين صاحب الحق ذهب إلى ذلك: الشافعية و الحنابلة في قول.(٢)

استدل القائلون بصحة القضاء بالمرأتين و يمين صاحب الحق بقياس المرأتين في الشهادة على الرجل بجامع قبول شهادة كل منهما، فكما يجوز القضاء بشهادة الرجل مع اليمين، فكذلك يجوز القضاء بشهادة المرأتين مع اليمين.

و استدل القائلون بعدم صحة القضاء بشهادة المرأتين و يمين صاحب الحق، بأن شهادة المرأتين ضعيفة و انجبرت بانضمام الرجل إليها، كما أن الإثبات باليمين ضعيف، و الإثبات بامرأتين و يمين هو ضم ضعيف إلى ضعيف فلا يقبل. اعترض على هذا الاستدلال:-

بعدم التسليم بضعف شهادة المرأتين إذا اجتمعا، ذلك لأنهما إذا اجتمعا مع الرجل حكم القاضي بشهادتهما و إن أمكن الاستشهاد برجلين ابتداء، فالرجل و المرأتان أصل

(١) تبصرة الحكام ج١ ص ٣٢٩، الإنصاف ج١٢ ص ٨٢، الطرق الحكمية ص ١٨٦.

(٢) مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٤٣، الإنصاف ج١٢ ص ٨٢.

لا بدل. (١)

و بالنظر في القولين السابقين و أدلتهم و ما ورد على دليل القول الثاني يتبين أن أرجحهما القول بصحة القضاء بشهادة المرأتين و يمين صاحب الحق لأن الشارع أقام شهادتهما مقام شهادة الرجل الواحد في التحمل قال تعالى: "فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان" و قال صلى الله عليه وسلم: "شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل" فكذاك تقوم شهادتهما في الأداء مقام شهادة الرجل، و بخاصة أن طرق الحكم كما ذكرنا أوسع من الطرق التي تحفظ بها الحقوق.

و لأنه و كما يقول ابن القيم رحمه الله: إن المرأة العدل كالرجل العدل في الصدق و الأمانة و الديانة، إلا أنه خيف عليها السهو و النسيان فقويت بمثلها و ذلك يجعلها أقوى من الواحد أو مثله. (٢)

رجوع الشاهد في الحكم بالشاهد و يمين المدعى:-

المالكية و الشافعية في الأصح و الحنابلة في رواية على أنه إذا حكم القاضي بشاهد و يمين المدعى فرجع الشاهد عن شهادته يلزمه النصف لأنه أحد حجتي الدعوى فكان عليه نصف الحق المدعى به كما لو كانا شاهدين. (٣)

و في قول للشافعية و رواية للحنابلة نص عليها الإمام أحمد يغرم الحق المدعى به كله، لأن اليمين مؤكدة للقضاء الذي بنى على شهادة الشاهد.

و الراجح ما ذهب إليه القائلون بإلزامه النصف فقط، لأنه الأشبه بالعدل، فما كانت شهادته وحدها هي المؤثرة في ظهور الحق ووجوب الحكم به، بل اليمين هي التي

(١) الطرق الحكمية ص ١٨٨.

(٢) الطرق الحكمية ص ١٨٨.

(٣) المغنى و الشرح ج ١٢ ص ١٤٨، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٤٣، تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٢٨.

جعلت منها بيئة كاملة لظهور الحق و الحكم به.

المبحث الثامن

في

الشهادة بالاستفاضة

التعريف بالاستفاضة:

الاستفاضة لغة: الانتشار يقال استفاض الخبر، انتشر و القوم في الحديث توسعوا و حديث مستفيض أي منتشر، و في اصطلاح الفقهاء: أن يشتهر المشهود به بين الناس فيتسامعون به بإخبار بعضهم لبعض. (١)

حكم الشهادة بالاستفاضة:

لا خلاف بين الفقهاء على قبول الشهادة، بالاستفاضة في الأمور التي لا تيسر معاينتها أو سماع الأقوال فيها لكل أحد من الناس و هي تبقى على مر العصور و تطاول الأجيال، حفظاً لهذه الحقوق من الإبطال و الضياع و رفعاً للخرج عن الناس فيما يصعب مشاهدته و معاينته و سماع الأقوال فيه و ذلك استثناء من الأصل العام و هو عدم جواز الشهادة إلا عن مشاهدة و معاينة، دعت إليه الضرورة و الحاجة.

و لكنهم اختلفوا فيما تقبل عليه الشهادة بالاستضافة ما بين موسع و مضيق، و يعتبر المالكية أشهر من توسع في باب الشهادة بالاستضافة. و سيكون كلامنا مقصوراً على ما تقبل فيه الشهادة بالاستفاضة على ما ذهب الأئمة الأربعة في أصح الأقوال فيها.
ما تقبل فيه الشهادة بالاستفاضة:

الأمور التي تقبل فيها الشهادة بالاستفاضة ما بين متفق عليه و يختلف فيه في المذاهب

(١) كشف القناع جـ ٦ ص ٤٠٣، تكملة المجموع جـ ١٨ ص ٥٠٢.

الأربعة هي: النسب، و الولادة، الموت، النكاح، الوقف و شروطه، و الملك المطلق. ولاية القاضي، المهر، الدخول بالزوجة، العزل، الإسلام، ضرر الزوجة، الكفر، السفه، البيع، الصدقات، الرضاعة، الخلع، القسمة، الحمل، الهبة، الإيصاء، الإرث، الجرح و التعديل، الرشد، العتق، الولاء و فيما يلي بيان و تفصيل لما اتفق عليه فقهاء المذاهب الأربعة، و ما اتفق عليه البعض منهم و ما انفرد به أحدهم دون غيره.

أولاً— ما اتفقوا عليه، أرجح الأقوال في المذاهب الأربعة أن الشهادة بالاستفاضة تقبل فيما يأتي:

(١) النسب و الولادة قال ابن المنذر أما النسب فلا أعلم أحدا من أهل العلم منع منه، و لو منع ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به، إذ لا سبيل إلى معرفته مطلقاً بغير السماع، و لو اعتبرت المشاهدة، لما عرف أحد أباه و لا أمه و لا أحد من أقاربه. ولأن سبب النسب الولادة و لا يحضرها إلا القابلة في الغالب.

(٢) الموت. لأن أسبابه كثيرة و منها ما يخفى و منها ما يظهر، و قد يعسر الإطلاع عليها، فجاز أن يعتمد فيها على الاستفاضة التي تقوم مقام المشاهدة و المعاينة. (١)

(٣) النكاح، لأنه مؤبد، فإذا طالت مدته عسر إقامة البينة على ابتدائه فمست الحاجة إلى إثباته بالاستفاضة. قيل لأحمد بن حنبل رضي الله عنه تشهد أن فلانة امرأة فلان و لم تشهد النكاح؟ قال: نعم إذا كان مستفيضاً فأشهد، أقول: إن فاطمة ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، و أن خديجة و عائشة زوجاه، و كل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة.

(١) معين الحكام ص ١٠٨.

(٤) ولاية القاضي - لأنه منصب فصل الخصومات و قطع المنازعات فيما بين الناس و الحاجة إليه ماسة و ضرورية و دائمة، فإذا سمع شخص الناس يقولون إن هذا القاضي قاض لناحية كذا أو بلد كذا، أو رآه جالساً مجلس الحكم يفصل الخصومات، جاز له أن يشهد بأنه القاضي و إن لم يعاين تقليده أو يطلع على منشور تنصيبه، لأن معاينة ذلك لا تكون في العادة إلا للخواص كالوزراء و نحوهم.

(٥) الوقف على جهة عامة أو معين، لأنه يتناول عليه الزمن و تتوالى عليه الأجيال. و الشهادة بالتسامع على الوقف إما أن تكون على أصله أو على شروطه و صورة الشهادة بالتسامع على أصل الوقف: أن يشهد أن فلاناً وقفه على الفقراء أو القراء أو المسجد أو على أولاده و الشهادة بالتسامع على أصل الوقف لا خلاف عليها بين الفقهاء، لأن الأزمان تتناول و تبيد الشهود و الأوراق مع اشتهاار الوقف، فلو لم تجز الشهادة فيه بالتسامع صار سائبة أو عرضة للضياع، فحفظاً للوقف عن الاستهلاك جازت الشهادة عليه بالتسامع.

أما الشهادة على شروط الوقف فمثل أن يشهد أن الواقف شرط في وقفه كذا و كذا و أن غلته تصرف لزيد أو للذرية و نحو ذلك مما يذكره الواقفون في شروطهم، و الشهادة بالتسامع على شرائط الوقف صحيحة في قول جمهور الفقهاء سواء شهد بها منفردة أو ذكرها في شهادته بأصل الوقف، قياساً على ثبوت شرائط الوقف المسجلة بدواوين القضاة، فكما صح ثبوت الشروط بما هو مدون في السجلات، يصح ثبوت الشروط بالتسامع، لأن الشهادة بالتسامع عمل بما لم يعاينه الشاهد، و ما في دواوين

القضاة عمل بما لم يعاین أصله.

و ذهب الشافعية و الحنفية في قول إلى أن الشهادة بالتسامع على شرائط الوقف لا تقبل. لأن الذي يشتهر و يستفيض بين الناس إنما هو أصل الوقف و أنه على الجهة الفلانية، أما الشروط فلا تشتهر، فلذا لم تجز الشهادة بها بالتسامع و يقول الشافعية، إن عدم قبول الشهادة بالتسامع على شرائط الوقف مقيد بما إذا كانت الشهادة بالشروط و التفاصيل منفردة، و على ناظر الوقف في حالة الجهل بالمصارف، أن يقسم الغلة على المستحقين بالسوية أن كان الوقف على جماعة معينين أو جهات متعددة، و إذا كان على مدرسة مثلاً و تعذر عليه معرفة الشروط صرف الغلة فيما يراه من مصالحها. بخلاف ما إذا ذكر الشروط في شهادته بأصل الوقف فأثما تقبل، لأن حاصلها يرجع إلى بيان كيفية الوقف (١) و الراجع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء و هو صحة الشهادة بالتسامع على شرائط الوقف سواء كانت الشهادة بها منفردة أو في ضمن الشهادة بأصل الوقف لقوة دليله، و لأن من المقررات الفقهية أنه يفتى بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه، و لاشك أن قبول الشهادة بالتسامع على شرائط الوقف و كيفية الصرف على المستحقين يحقق مصلحة الموقوف عليهم و هو أحد أركان الوقف و ذلك بإعطاء كل مستحق منهم حقه الموافق لشرط الواقف. و لا يخفى أن قبول الشهادة بالتسامع على شرائط الوقف مقيد بما إذا كانت هذه الشرائط مجهولة، لأن ما علم منها يعمل به و ذلك بالنظر إلى التصرف القديم و هو النظر إلى المعهود من حال الوقف فيما سبق من الزمان من أن النظار عليه كيف كانوا يعملون فيه و إلى من يصرفونه فينبى على ذلك و يعمل به. (٢)

(١) معين لحكام ص ١٠٨، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٢٨، تكملة رد اختار ج ٧ ص ٩٧، ٩٨.

(٢) المراد بأصل الوقف هنا: كل ما تعلق بصحة الوقف و توقف عليه تحققه شرطاً من شروط صحة الواقف =

هذه هي الأمور أو الوقائع التي اتفق عليها فقهاء المذاهب الأربعة في أرجح أقوالهم وهي كما ذكرنا النسب و الولادة و الموت و النكاح و ولاية القاضي و الوقف و شروطه.

ثانياً - ما قال به البعض من الفقهاء دون البعض الآخر:

أ) ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة على أن الشهادة بالاستفاضة تصح في الأمور الآتية.

١ - الملك المطلق أي الشهادة على الملك دون بيان سببه إذا تطاول عليه الزمن و ذلك لأن الملك قد يتقدم، فلو توقفت الشهادة عليه على المباشرة، لأدى ذلك إلى العسر و لأن الملك من الأمور المتأبدة فإذا طالت مدته عسر إقامة البيئة على ابتدائية، فمست الحاجة إلى إثباته بالاستفاضة، و صورة ذلك: أن يستفيض أن هذه الدار أو هذا العقار ملك لفلان من غير إضافة لسبب، و لم يحدد الشافعية و الحنابلة حداً فاصلاً لمدة التطاول الزمني الذي تصح بعده الشهادة بالتسامع مع الملك المطلق، بل إن حده متروك للعرف، فما رآه العرف بعيداً فهو بعيد، أما المالكية ففي المذهب أقوال: في قول حمسون سنة و في قول أربعون و في قول خمسة عشر و في قول عشرون سنة، لأن الشهود تبيد في ذلك لقصر الأعمار على أن بعض المالكية

= و الموقوف و الجهة الموقوف عليها و الصيغة، أما شرائط الوقف فتتمثل في ذكر الجهات الموقوف عليها من إمام و خطيب و مدرس و كيفية الصرف و الولاية على الوقف و نحو ذلك.
(١) مغنى المحتاج ج٤ ص٤٨، تكملة رد المحتار ج٧ ص٩٧، ٩٨.

لم ير الخمسة عشر طولاً إلا في أزمان الأوبئة. (١)

و ذهب الحنفية إلى أن الشهادة بالاستفاضة لا تجوز على الملك المطلق، لأنها شهادة بمال فأشبهت الشهادة بالدين و الشهادة بالدين لا تجوز إجماعاً بالتسامع فلو شهدا أن فلان ابن فلان مات و ترك هذه الدار ميراثاً و لم يدركا الميت، فشهادتهما باطلة، لأنهما شهدا بملك لم يعاينا سببه و لا رأياه في يد المدعى (٢). و نوقش ما ذهب إليه الحنفية، بأن الملك القديم تنعثر الشهادة عليه إذا تطاول عليه الزمان بمشاهدته أو مشاهدة سببه في الأعم الأغلب، فلذلك جازت الشهادة عليه بالاستفاضة كالتسبب للضرورة.

الشهادة على الملك باليد و التصرف:

لا خلاف بين الفقهاء على جواز الشهادة المباشرة على الملك باليد و التصرف في المدة الطويلة، فمن رأى في يد شخص داراً أو عقاراً يتصرف فيه تصرف المالك بالسكنى و الإجازة و العمارة و الهدم و الدخول و الخروج من غير منازع مدة طويلة، جاز لمن شاهد ذلك و عاينه أن يشهد بملكية الحائز المتصرف للدار أو العقار، لأن اليد دليل الملك، و استمرار التصرف من غير منازع يقويها، فجرت مجرى الاستفاضة. (٣)

الشهادة على الملك بمجرد اليد:

الحنفية و المالكية و الحنابلة في رواية على أن الشهادة على الملك بمجرد اليد دون التصرف جائزة شرعاً، لأن اليد دليل الملك و هي المرجع في الدلالة على الأسباب كلها من البيع و الهبة و الوصية و الإرث و نحوها.

(١) تبصرة الحكام ج١ ص ٤٢٨، الإنصاف ج١٢ ص ١٦٠، مغنى المحتاج ج٤ ص ٣٠٢، المغنى

و الشرح ج١٢ ص ٣٢، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٣٦٥، ٣٦٦.

(٢) تكملة المختار ج٧ ص ١٠٢، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٣٧٣.

(٣) المغنى و الشرح الكبير ج١٢ ص ٢٣.

و غايته أن الحنفية قيدوا قبول الشهادة على الملك بمجرد اليد بأمرين:

الأمر الأول - أن يقع في قلب الشاهد أن الملك لمن يشهد له، و هو ما ذهب إليه الحنابلة. (١)

الأمر الثاني - أن يكون الشاهد قد عاين الملك و المالك، فلو لم يعاينهما و إنما سمع أن لفلان كذا فلا يجوز له أن يشهد، كما لو عاين المالك دون الملك، لأنه لم يحصل له العلم بالحدود و لا بصاحبه إلا بالسمع و الشهادة في الأملاك لا تجوز بالشهرة و التسامع. و ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن الشاهد لو عاين الملك دون المالك، بأن عاين محدوداً ينسب إلى فلان الفلاني و هو لم يعاينه بوجهه و لا يعرفه بنفسه أنه يجوز له أن يشهد بأنه له و تقبل شهادته استحساناً، لأن النسب مما يثبت بالشهرة و التسامع، فيصير المالك معروفاً بالتسامع و الملك معروفاً بالمعاينة فترتفع الجهالة، (٢) و ليس هذا إثبات الملك بالتسامع، و إنما هو إثبات النسب بالتسامع و في ضمنه إثبات الملك به، و إثبات النسب بالتسامع جائز و صحيح (٣) و على ذلك كما يقول الحنفية: من كان في يده شيء نقداً أو عرضاً أو عقاراً و شاهد ذلك شخص ورأه، فله أن يشهد أنه له إذا شهد بذلك قلبه و صدقه، لأن الأصل في حل الشهادة اليقين، فعند تعذره يصار إلى ما يشهد له القلب، لأن كون اليد مسؤوغاً بسبب إفادتها ظن الملك فإذا لم يقع في القلب

(١) المغنى و الشرح ج٢ - ١٢ ص ٢٣.

(٢) تتمثل معاينة الملك دون المالك، فيما لو كان المالك امرأة لا يراها الرجال و لا تخرج، إذا كان ذلك مشهوراً عند العوام و الناس و وقع في قلبه أن الأمر كما اشتهر و نحو ذلك لأنه لو لم يسمع هذا الشاهد لطاعت حقوق الناس، لأن منهم المحجوب و لا يبرز أصلاً، و من ثم لا يتصور أن يرى متصرفاً. تكملة رد المختار ج٧ ص ١٤٤.

(٣) مجمع الأنهر ج٢ - ١٩٤، الاختيار لتعليل المختار ج٢ - ١٤٤، تكملة رد المختار ج٧ ص ١٠٢.

ذلك الظن لم يفد مجرد اليد. ولذا قالوا: لو رأى إنسان درة ثمينة في يد كناس أو كاتباً في يد جاهل ليس في أبائه من هو أهل له، لا يسعه أن يشهد بالملك له، فعرف أن مجرد اليد لا يكفي، ومن رأى عيناً في يد إنسان، ثم رأى تلك العين بذاتها في يد آخر، والأول يدعى الملك يسعه أن يشهد إنها للمدعى، وهو من كانت في يده أولاً إذا صدقه قلبه. وذهب الشافعية والحنابلة في الصحيح من المذهبين، إلى أن الشهادة على الملك بمجرد اليد لا تجوز. لأن اليد لا تستلزم الملك كما لا تجوز الشهادة على اليد والتصرف في المدة القصيرة، لاحتمال كون صاحب اليد والتصرف وكيلاً عن غيره أو مستأجراً، بخلاف اليد والتصرف مدة طويلة بلا نزاع، لأن امتداد الأيدي والتصرف مع طول الزمان من غير منازع من شأنه أن يؤدي إلى غلبة الظن بأنه المالك ومدار المدة الطويلة والتي تتوالى عليها الأيدي والتصرفات المتابعة مع طول الزمان على العرف في المذهبين.

أما المالكية فقد أجازوا الشهادة بالتسامع على الملك بمجرد اليد إذا كانت المدة طويلة، لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك فيكتفي بها.

٢- العتق والولاء

أجاز المالكية والشافعية والحنابلة الشهادة بالاستفاضة على العتق والولاء، لأن العتق تتعذر الشهادة عليه في الغائب، فجازت الشهادة عليه بالاستفاضة، ولأن الولاء لحمه كلحمة النسب، والشهادة بالنسب سماعاً مقبولة فكذلك الولاء قياساً عليه.

وذهب الحنفية إلى أن الشهادة بالاستفاضة على العتق والولاء لا تجوز، لأن العتق قول يصدر من المالك يزيل به ملكه، وما كان كذلك لا يثبت إلا بسماع القول من قائله. وإذا لم يثبت العتق بالاستفاضة، لا يثبت ما يترتب عليه وهو الولاء. وقياس الولاء على النسب قياس مع الفارق، لأن مبنى النسب على الاشتهار فلذلك قامت

الشهرة فيه مقام المعاينة، أما الولاء فليس مبناه على الاشتهار فكان لا بد من معاينة الإعتاق و شهود مجلسه إلا إذا كان مشهوراً كشهرة مولاة نافع لعمر بن الخطاب و بلال لأبي بكر.

ب- أجاز المالكية و الشافعية الشهادة بالتسامع في التعديل و الجرح (١) و الرشد و الرضاع و استحقاق الزكاة (٢)، فمضى استفاض بين الناس و اشتهر أن فلانا رجل صالح و عدل أو فاسق أو ذو عقل راجح و راشد أو رضيع فلانة أو افتقر بعد غنى، وسع كل من سمع ذلك أن يشهد به.

ج- انفرد الحنفية بقبول الشهادة بالتسامع في الصحيح من المذهب على: مقدار المهر و على لدخول بالزوجة و قيد بعضهم قبول الشهادة على قيمة المهر، بما إذا سمع الشاهد قيمته من الخارجين من بين جماعة حاضرين في بيت عقد النكاح بأن المهر كذا و في قول آخر: لا يشترط السماع من الخارجين، لأن المهر من توابع النكاح فصحت الشهادة عليه بالتسامع كأصله و يترتب على الشهادة على الدخول بالزوجة أحكام العدة و المهر و النسب. (٣)

د- انفرد المالكية بقبول الشهادة بالتسامع في: الإسلام، الكفر، السفه، البيع، الخلع، القسمة، الحمل، الهبة، الإيضاء، ضرر الزوجة، الخرابة، الإعسار، الأسر، اللوث. (٤)

ز- انفرد الشافعية بقبول الشهادة بالتسامع في الإرث.

(١) يقول ابن فرحون في تبصرة الحكماء ج١ ص ٤٣٢: قال القرافي: قال علمائنا: إنما ذلك إذا لم يدرك زمان

المجروح أو المعدل، فإن درك زمانهم، فلا بد أن تكون الشهادة على علم، و منع سحنون الشهادة على المجروح.

(٢) مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٤٩، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص ٢٢١، ٢٢٢.

(٣) تكملة رد المختار ج٧ ص ١٠٢، ١٠٣.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص ١٧٦، تبصرة الحكماء ج١ ص ٤٣٠، ٤٣١.

هذه هي الأشياء التي ذكرها الفقهاء و تصح فيها الشهادة بالتسامع و جميعاً مبناها على التيسير على الناس و رفع الحرج عنهم، لأنها تباشر في الغالب بحضور جماعة مخصوصين و تتعلق بها أحكام مستمرة، فلذلك أقيمت الشهرة و الاستفاضة فيها مقام العيان و المشاهدة حتى لا تعطل هذه الأحكام فإذا تعذر على صاحب الحق أن يثبت به شهادة المعاينة كان الباب أمامه واسعاً لإثباته عن طريق الشهرة و الاستفاضة.

بم تحصل الاستفاضة:

تحصل الاستفاضة بأن يشتهر المشهود عليه بين الناس فيتسامعون به بإخبار بعضهم البعض و يحصل للشاهد العلم بالمشهود به بأحد طريقين:

أحدهما - بطريق الشهرة الحقيقية.

و الثاني بطريق الشهرة الحكيمة،

فالحقيقة: أن يسمع من قوم كثيرين لا يتصور تواطؤهم على الكذب و يحصل الظن القوي بصدقهم و لا يشترط في السماع بطريق الشهرة الحقيقية: أن يكون من سمع منهم عدولاً أو ذكوراً أو أحراراً بل الشرط هو التواتر و الجمع الكثير الذي يؤدي إلى الظن القوي بصدقهم لأن الأصل في الشهادة اعتماد اليقين و إنما يعدل عنه عند عدم الوصول إليه إلى ظن يقرب منه على حسب الطاقة.

أما الحكيمة: فأن يشهد عنده رجلان عدلان بلفظ الشهادة و يقع في قلبه أن الأمر كذلك لأن الحاكم يعتمد قولهما فكذا الشاهد.

و الشهادة بالتسامع عن طريق الشهرة الحكيمة يحصل بها علم الشاهد كحصوله عليه عن طريق الشهرة الحقيقية لأنها آتية عن طريق بينة كاملة و هي شهادة شاهدين على ما ذهب إليه الحنفية و المالكية ، بل إن الحنفية أجازوا الشهادة بالتسامع عن رجل عدل أو امرأتين عدلتين إذا وثق الشاهد بهن و سكن قلبه إلى صدق خبرهم، و في

عدل أو امرأتين عدلتين إذا وثق الشاهد بهم و سكن قلبه إلى صدق خبرهم، و في قول آخر عند الحنفية يكفي أن يسمع من رجل واحد عدل أو من امرأة واحدة عدلة. أما على ما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة فإن أصح الأقوال عندهم أن الشهادة بالتسامع لا تصح إلا عن طريق الشهرة الحقيقية. (١)

(١) كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٣٦٦، ٣٦٧، المغنى و الشرح ج ١٢ ص ٢٤. و الراجح ما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة في أصح الأقوال و هو أن الشاهد لا يسعه أن يشهد على شيء بالتسامع إلا إذا سمعه من قوم كثيرين لا يتصور تواطؤهم على الكذب لأن الاستفاضة شهرة في الحي أو البلد تثمر ظناً أو علماً و لا يحصل إلا بكثرة الأخبار و تكرارها و تردها على ألسنة الناس، و لأن ذلك كما يقول ابن قدامة في المغنى هذا الذي يقتضيه لفظ الاستفاضة لأنها مأخوذة من فيض الماء لكثرتة. (١) تحليف شهود السماع:

المخصوص عليه في الفقه المالكي أن القاضي لا يقضي بشهادة شهود السماع إلا بعد تحليفهم اليمين، لاحتمال أن يكون السماع من شاهد واحد، و الشاهد الواحد لا بد معه من اليمين. (٢)

أما على ما ذهب إليه الشافعية، فإن التحليف جائز و ليس بواجب، قال في مغنى المحتاج: ما يشهد به الشاهد اعتماداً على الاستفاضة، يجوز الحلف عليه اعتماداً عليها. (٣)

(١) المغنى ج ١٢ ص ٢٤.

(٢) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٥٠.

(٣) استثنى الحنفية الوقف و الموت فأجازوا الشهادة عليها بالتفسير. لأنه يغنى، و كل ما اختلف العلماء فيه يفتى فيه بما هو انفع للوقف، حفظاً للأوقاف القديمة عن الاستهلاك فلا يضره الإفصاح به. تكملة رد المختار ج ٧ ص

كيفية أداء شهادة السماع:

الراجح من أقوال فقهاء الحنفية و الشافعية و الحنابلة أن على شاهد السماع أن يطلق شهادته و لا يفسرها، فيقول مثلاً: أشهد أن هذا ولد فلان أو وقفه أو ملكه أو هذه زوجته. فإن فسرهما بأن قال: اشهد بالسماع أو اشهد أن جماعة أثق بهم أخبروني أو استفاض بين الناس كذا و نحو ذلك من كل ما هو صريح بالسماع و الاستفاضة، فلا تقبل شهادته، لأنه قد يعلم أنه خلاف ما سمع من الناس. و لأن ذكر الشاهد ذلك يشعر بعدم جزمه بالشهادة و من ثم لا تحصل غلبة الظن بصدقه. (١)

و ذهب المالكية: إلى أن على الشاهد أن يفسر شهادته بما يتضمن أن طريقها السماع الفاشي، فيقول: سمعت سماعاً فاشياً من أهل العدل و غيرهم أن فلان ابن فلان الفلاني الذي يعرفونه بعينه و اسمه توفي يوم كذا من شهر كذا سنة كذا في وقت كذا. (٢)

و في الشهادة على النسب يشهد بأنه لم يزل يسمع من قديم الأيام و مرور الشهور و الأعوام سماعاً فاشياً منتشراً من أهل العدل و غيرهم، أن فلان ابن فلان.

و أما الشهادة على ضرر الزوجة، فإذا شهد به بالسماع الفاشي من قول النساء و غيرهن من الرجال جاز. و كذلك إن شهد لها شاهد واحد بمعرفة الضرر، و شهد لها بالسماع مع الشهادة بعد ذلك شاهد آخر إذا لم يكن عند الزوج فيه مدفع و لا يمين عليها.

قال ابن القاسم: سألت مالكا عن شهادة السماع في ذلك فقال: لا أرى ذلك يخفى على جيرانهما، فإذا كان اضراؤه بها مشهوراً معروفاً حتى تواطأ سماعهم إلى ظلمه

(١) مغنى المحتاج ج٤ ص٤٤٩، ٤٥٠، المغنى و الشرح ج١٢ ص٢٤، الانصاف ج١٢ ص١١-١٦،

نهاية المحتاج ج٨ ص٣٠٢.

(٢) و ذلك لمعرفة من يرثه و من لا يرثه ممن مات قبله أو بعده.

لها في إساءة عشرتها في غير ذنب منها تستوجب به مثل ذلك، و شهد النساء العدول
أو غيرهن من الرجال على سماعهم من النساء طلقها عليه السلطان. (١)
و يبين من ذلك أن المعول عليه في المذهب المالكي: أن على الشاهد أن يفسر
شهادته بما يفهم منها أنها سماعاً عن الغير.

أما إذا كان تفسير الشاهد يتضمن أن شهادته كانت سماعاً من فلان و فلان و فلان،
و سمى أشخاصاً يعرفهم، فإن شهادته لا تقبل، لأنها حينئذ تكون شهادة على شهادة
و ليست بشهادة سماع و استفاضة.

هذا و ما ذهب إليه المالكية من أن على الشاهد أن يفسر شهادته بأنها كانت سماعاً،
ذهب إليه الشافعية و الحنابلة في قولين لهما، كما ذهب إليه الحنفية في الوقف و الموت.
جاء في معنى المحتاج للخطيب الشريفي الشافعي ما نصه: وقي قول لو صرح
بالاستفاضة لم تقبل شهادته على الأصح لأن ذكره يشعر بعدم جزمه بالشهادة.
و جاء في نهاية المحتاج للرملي ما نصه و شرط ابن أبي الدم ألا يصرح الشاهد بأن
مستنده الاستفاضة.

قال الرملي: و الأوجه: أنه إن ذكره على وجه الريبة و التردد بطلت، أو لتقوية كلام
أو حكاية حال قبلت. (٢)

و جاء في الإنصاف ما نصه: في قول إن شهد أن جماعة يشق بهم أخبروه بموت
فلان أو أنه ابنه أو أنها زوجته، فهي شهادة بالاستفاضة و هي صحيحة. (٣)
و في قول: لو صرحا بالاستفاضة أو استفاض بين الناس قبلت و جاء في تكملة رد

(١) تبصرة الحكام ج١ ص ٤٣٤.

(٢) معنى المحتاج ج٤ ص ٣٤٩، ٣٥١، نهاية المحتاج ج٨ ص ٣٠٢.

(٣) الإنصاف ج١٢ ص ١٦٠ و ما بعدها.

المختار: إن الشاهد لو فسر الشهادة بأن قال: أشهد بالتسامع، فإن شهادته ترد على الصحيح إلا في الوقف و الموت. (١)

هذه هي أقوال الفقهاء في إطلاق الشهادة و تفسيرها و بالنظر فيها يتبين أن أرجحها هو القول بأن تفسير الشهادة بما يفيد أن طريقها السماع و الاستفاضة لا يؤثر فيها و بالتالي لا يؤدي إلى ردها و عدم قبولها، بخاصة فيما تقادم عليه العهد و سلم من الريبة، لأن مبنى هذه الشهادة على السماع و الاستفاضة، و ما يعرفه الشاهد يعرفه كل أحد من أهل الحي أو البلد.

و القاضي يعرف ذلك أيضاً. فكان التصريح به متفقاً مع واقع الحال فلا يقدر في الشهادة و لا يضرها و هذا ما يتفق مع ما رجحناه من قبل و هو أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد على أمر بالسماع. إلا إذا سمعه عن جماعة كثيرة تحيل العادة اتفاقهم على الكذب. و تأكيداً لهذا الترجيح فإنه يؤخذ أيضاً بما قال به المالكية و هو أن القاضي لا يقضي بشهادة السماع إلا بعد تحليف الشهود اليمين.

و يشترط في شاهد السماع ألا يكون متهماً كوارث و موصى له، و كما لو شهد بالسماع رجلان و في القبيلة مائة من أعمارهما لا يعرفون شيئاً من ذلك. (٢)

(١) تكملة رد المختار ج٧ ص ١٠٣، ١٠٤.

(٢) تكملة رد المختار ج٧ ص ٩٤، ١٠٥، تبصرة الأحكام ج١ ص ٤٢٩.

المبحث التاسع

في

شروط المشهود به

المشهود به هو محل الإثبات الذي يحكم به القاضي لأحد الخصمين و حتى يكون
القاضي على علم تام بما يحكم به فيشترط في المشهود به ثلاثة شروط:--
الشرط الأول—أن يكون المشهود به معلوماً للشاهد:

المراد بكون المشهود به معلوماً، أن يكون معيناً تعييناً يؤدي إلى علم القاضي به ليأتي
حكمه مطابقاً للحق و الواقع.

ذلك لأن علم القاضي بالمشهود به شرط لصحة قضائه، و لا يحصل له هذا العلم
إلا بشهادة الشهود، فإذا لم يعين الشهود المشهود به فلا تقبل شهادتهم، لأنها حينئذ تكون
شهادة على مجهول، و الشهادة على المجهول لا تصح لعدم حصول العلم بها.
و يحصل العلم بالمشهود به بما يعينه و يميزه عن غيره، و هذا التعيين يختلف باختلاف
نوع الحق المشهود به و ذلك على النحو التالي:

- ١- إذا كان المشهود به ديناً في الذمة، فإن معلوميته، أن يعين الشاهد جنسه
و نوعه و قدره فيقول الشاهد: ألف جنيه مصري أو ألف دولار أمريكي.
- ٢- ان كان مكيلاً أو موزوناً، فإن العلم به يكون بذكر جنسه و نوعه و صفته
و قدره.
- ٣- إن كان عيناً، فإن كانت منقولة و موجودة و يمكن إحضارها إلى مجلس القضاء،
تكون معلوميتها بالإشارة إليها لأن الإشارة أقصى ما يمكن في التعريف و إن
كانت موجودة، لكن لا يمكن إحضارها لمجلس القضاء، كان القاضي مخيراً،
فإن شاء توجه إلى محلها و سمع الدعوى هناك، و إن شاء بعث أمينه إذا كان

مأذوناً بالاستخلاف مع المدعى و المدعى عليه و الشهود للإشارة إليها في محلها، إلا إذا تعذر ذلك فيكتفي بذكر قيمتها.

أما إذا كانت العين المنقولة هالكة أو غائبة، فإن معلوميتها تكون بذكر قيمتها إن كانت غائبة لأن الغائب لا يعرف إلا بالوصف و القيمة و إن كانت مستهلكة فتعلم بذكر الجنس و النوع و القيمة.

و إذا كانت العين المدعى بها عقاراً فإن العلم به يحصل بذكر حدوده الأربعة مقرونة بأسماء أصحابها و تحديد موقع العقار.

و يستثنى من شرط ذكر الحدود، ما إذا كانت الدعوى مستندة إلى حجة معلومة، فإذا قال المدعى: إن العقار المكتوب في هذه الحجة ملك لي و شهدت الشهود بأن العقار المخررة حدوده في هذه الحجة ملكه قبلت، و كذا لو شهدوا بأن المال المكتوب في هذا السند عليه تقبل، لأنهم أشاروا إلى معلوم.

٤- إذا كان المشهود به عقداً كبيع أو إجارة أو إيداع أو قرض أو خلع و نحو ذلك، فإن معلوميته تكون ببيانه بياناً كافياً لتمييزه عن غيره مع بيان الثمن و المثمن، فلو شهد بالشراء في عقد البيع و لم يبين الثمن لا تقبل شهادته، لأن الحكم بالشراء بثمان مجهول لا يصح.

٥- إذا كان المشهود به فعلاً كالغصب و السرقة و القتل و سائر جرائم الاعتداء، فإن معلوميته تكون ببيان كل شيء يتعلق به، فلو شهد مثلاً على جريمة من غير أن يحددها و يبين كيفية ارتكابها و أسماء مرتكبيها، و اكتفى بالاطلاق كقوله: هذا قتل أخي فلا تقبل شهادته، بل عليه أن يبين القاتل بياناً يكشف عن شخصيته و يميزه عن غيره، فيقول في دعوى القتل: قتله عمداً أو شبه عمد أو

خطأ و قتله وحده أو اشترك معه غيره و غير ذلك من كل ما يجعل المشهود به واضحاً و معيناً أمام القاضي.

٦- إذا كان المشهود به إسقاطاً كالطلاق، فإن العلم يحصل ببيان وصفه من رجعي أو بائن و غير ذلك.

٧- إذا كان المشهود به إرثاً فمعلوماته تحصل ببيان سبب القرابة و درجتها و قوتها و أنه لا وارث له سوى المشهود له، و أن يدرك مع ذلك الشهود الميت، فإذا لم يدركوه، فإن شهادتهم لا تقبل لعدم معاينة السبب.

و هكذا في سائر أنواع الحق المشهود به، العلم به يحصل بوصفه و تعريفه بما يميزه عن غيره، لأن فائدة الإثبات، هي الالتزام به من القاضي، و لا يتحقق الالتزام بالمجهول. هذا و قد استثنى الحنفية من معلوماته المشهود به أربعة أشياء فإن الشهادة تقبل فيها و لو كان مجهولاً و هي: الوصية، الإبراء، الغصب، الرهن.

فلو ادعى شخص على آخر بأنه رهن عنده ثوباً أو غصبه منه، فشهد الشهود بذلك و قالوا لا نعرف الثوب قبلت شهادتهم.

و يكون القول في القيمة للغاصب و المرتهن مع يمينه.

و فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة، توجه اليمين للخصم إذا أنكر

و الجبر على البيان إذا أقر و نكل عن اليمين. (١)

كذلك استثنى الشافعية من معلوماته المشهود به: المودع و الرهن و الوصايا

و الإقرار. (٢)

(١) الأشباه و النظائر لابن نجيم ص ٨٧.

(٢) الأشباه و النظائر للسوطي ص ٥٢٨.

الشرط الثاني - أن يكون الشاهد على يقين مما يشهد له:

لا يكفي علم الشاهد بالمشهود به و تعينه، بل لابد أن يكون علمه مبنياً على يقين ينفي الشك أو الاحتمال، لأن علمه لو كان حاصلاً عن طريق الظن، فإن شهادته لا تجوز، لأنه لا يحل لأحد أن يشهد إلا بما يعلمه قال تعالى: " و لا تقف ما ليس لك به

علم إن السمع و البصر و الفؤاد كل أولئك كان عنه مستولاً" (١)

و قال تعالى: "إلا من شهد بالحق و هم يعلمون" (٢) فأمر سبحانه أن يشهد من علم و يقين و قوله عز و جل: "سكتب شهادتهم و يسألون" (٣) و عيد يوجب التحفظ في الشهادة و ألا يشهد إلا عن علم و يقين.

و روى طاوس عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشهادة، فقال: "هل ترى الشمس؟ قال: نعم قال: فعلى مثلها فاشهد أو دع" (٤) و على ذلك: فإن كانت الشهادة على فعل كالجناية و الغصب و السرقة و الزنا و الرضاع و الولادة و غيرها مما يدرك بالعين لم تجز الشهادة به إلا عن مشاهدة لأنها لا تعلم إلا بما.

و إذا كانت الشهادة على قول كالبيع و النكاح و الإقرار. لم تجز إلا بسمع القول من قائله و الوقوف على حاله، لأنه لا يحصل العلم بذلك إلا بالسمع.

و إن كانت الشهادة على ما لا يعلم إلا بالخبر كالنسب، جاز أن يشهد فيه بالاستفاضة، فإن استفاض في الناس أن فلاناً ابن فلان، جاز أن يشهد به لأن سب النسب

(١) آية رقم ٣٦ سورة الإسراء.

(٢) آية رقم ٨٦ الزخرف.

(٣) آية رقم ١٩ الزخرف.

(٤) هذا الحديث و إن كان الحاكم قد أخرجه، إلا أن علماء الحديث ضعفوه و خطئوا الحاكم، انظر المجموع شرح

المهذب ج ١٨ ص ٤٩٧، ٥٠٢، سبل السلام ج ٤ ص ١٣٠

لا يدرك بالمشاهدة.

الشرط الثالث - أن يكون المشهود به مما يحتمل الثبوت:

يشترط في المشهود به أن يكون قابلاً للإثبات، فإن كان مستحيلاً فلا تصح الشهادة عليه سواء أكان مستحيلاً لذاته أو لغيره، لأنه إن كان مستحيلاً لذاته فهو يقين الكذب، وإن كان مستحيلاً لغيره، فهو ظاهر الكذب، مع احتمال الصدق احتمالاً لا يعتد به. والمستحيل لذاته هو ما لا يتصور العقل وجوده و يسمى بالمستحيل عقلاً و عادة والمستحيل لغيره هو ما يتصور العقل وجوده إلا أن العادة لم تجر بوجوده و يسمى بالمستحيل عادة.

و قد مثل الفقهاء المستحيل العقلي بما إذا ادعى شخص أن شخصاً آخر ابنه، مع أنه لا يولد مثله لمثله، و كأن المدعى في الأربعين من عمره، و المدعى بنوته، في الخامسة والأربعين.

و مثلوا للمستحيل العادي بدعوى من هو معروف بالفقر و الحاجة و هو يأخذ الزكاة من الأغنياء على آخر أنه أقرضه من مال نفسه مائة ألف دينار ذهباً نقداً دفعة واحدة و يطالبه بردها.

فالحق المدعى به هنا، مستحيل عادة فلا يسمع الشهود و لا يسأل المدعى عليه عن جوابها و في هذا المثال نظر بخاصة في زمننا المعاصر الذي اتخذ فيه بعض من قعدت همته و انحطت مروءتهم، و التسول مهنة و حرفة و يظهرون بمظهر الفقر و العوز، و لكنهم في الواقع و نفس الأمر من الموسرين الأغنياء.

و يمكن التمثيل لما هو مستحيل عادة، بالادعاء على أبكم أنه أقر أمام شاهدين بلسانه على غصبه أو سرقة أو اقتراضه.

حيث أن الأبكم يستحيل عليه عادة أن يعبر و ينطق بلسانه، و الله أعلم. (١)

المبحث السابع

في

الشهادة على الشهادة و فيه ومطالب

الشهادة على الشهادة أحد نوعي الشهادة، لأن الشهادة إما أصلية أو مباشرة، و إما فرعية أو شهادة على شهادة.

و الشهادة المباشرة سبق الكلام عنها. و هي الأصل في حجية الإثبات بالشهادة، لأن علم الشاهد فيها يوقائع المشهود به. كان عن مشاهدة الفعل و معاينته أو سماع القول ممن صدر عنه.

أما الشهادة على الشهادة، فهي التي لم يشاهد فيها الفعل بعينه و لم يسمع القول ممن صدر عنه بأذنه.

و القياس يأبى جوازها، لأن الشهادة عبادة بدنية وجبت على الشاهد الأصل، و ليست حقاً للمشهود له بدليل أنه لا يجوز الإجبار عليها كما لا تجوز الخصومة فيها، لأنها عمل ديني محض، و النياية لا تجري في العبادات البدنية. (٢)

(١) انظر في المشهود به: كشف القناع ج٦ لاص ٤٠٥، ٤٠٧، تكملة رد المحتار ج٧ ص ٨٥، الأشباه و النظائر لابن نجيم ص ٨٧، مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٦٤، ٤٦٥، الأشباه و النظائر للسيوطي ص ٥٢٨، حاشية الدموقي على الشرح الكبير ج٢ ص ١٦٣، المغنى و الشرح ج١١ ص ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٤٩، كتاب المرافعات و جود الوثائق و الدعاوى الشرعية للأستاذين محمد زين الأتباتي و الدكتور محمد سلامة ص ١٠٩ و ما بعدها.

(٢) يقول ابن القيم: ذكر القاضي أبو يعلى ضمن مسألة الشهادة على الشهادة في الحدود التي لله تعالى و للآدمي، إن الشهادة ليست حقاً على الشاهد بدلالة أن رجلاً لو قال: لي على فلان شهادة فبجدها فلان هذا، أن الحاكم لا يعدى عليه و لا يحضره، و لو كانت حقاً عليه لأحضره كما يحضره في سائر الحقوق. =

و لأن في الشهادة على الشهادة: زيادة احتمال، لأن الإحتمال في موضعين:
الأصول و الفروع. و لأن فيها شبهة من حيث البدلية، لأنها قائمة مقام شهادة الأصل
فلذلك كانت على خلاف القياس، إلا أن الفقهاء أجازوها استحساناً للضرورة.
وجه الاستحسان: أن الحاجة ماسة إليها، لأن الأصل قد يعجز عن أدائها لبعض
العوارض، فلو لم تجز لأدى ذلك إلى ضياع كثير من الحقوق و لهذا تجوز الشهادة على
شهادة الفروع و إن بعدت حتى لا تجحد الحقوق.(١)
و الكلام على الشهادة على الشهادة يتناول حكمها و ما تجوز فيه و شروطها
و بطلانها. و نتابع ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في

حكم الشهادة على الشهادة و ما تقبل فيه

حكم الشهادة على الشهادة:-

لا خلاف بين الفقهاء على جواز الشهادة على الشهادة، قال ابن قدامة في المغني:
الشهادة على الشهادة جائزة بإجماع العلماء، و به يقول مالك و الشافعي و أصحاب
الرأي قال أبو عبيد أجمعت الأئمة من أهل الحجاز و العراق على إمضاء الشهادة على
الشهادة في الأموال.

= و يسترد ابن القيم فيقول: ليس هذا على إطلاقه، فإن الشهادة المعنية حق على الشاهد يجب عليه التمسك
به و يأثم بتركه، قال تعالى: "و لا تكلموا الشهادة و من يكتمها فإنه آثم قلبه" و قال تعالى: "و لا يأب الشهداء
إذا ما دعوا" و لكنها مع ذلك ليست حقاً تصح الدعوى به و التحليف عليه، لأن ذلك يعود على مقصودها
بالإبطال، فإنه مستلزم لإتمامه و القدرح فيه بالكمائن. انظر الطرق الحكمية ص ١٧٣، ١٧٤.

(١) تكملة رد اغتار ج ٧ ص ٢٢٣.

و لأن الشهادة على الشهادة طريق لإظهار الحق كالإقرار، و الحاجة داعية إليها، فإنها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على ما يتأخر إثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده، أو على ما يتعذر على شهود الأصل فيه الأداء من أسباب التعذر، و في ذلك ضرر على الناس و مشقة شديدة عليهم فوجب أن تقبل كشهادة الأصل-(١)
ما تقبل فيه الشهادة:-

عامّة الفقهاء على أن الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة، و ذلك لكثرة وقوع هذه الحقوق بين الناس و حاجتهم إلى إثباتها، و لأنها حقوق للعباد و حقوق العباد مبنية على المضايقة و المشاحة، فتقبل فيها الشهادة على الشهادة لنلا تضييع.

و اختلفوا في قبولها في الحدود و القصاص، و هي ما تندريء بالشبهة على ثلاثة أقوال.
القول الأول- لا تقبل الشهادة على الشهادة في الحدود و القصاص، سواء أكانت الحدود حقاً خالصاً لله تعالى كحد الزنا أو مشتركة كحد القذف.

ذهب إلى ذلك: الحنفية و الحنابلة في ظاهر المذهب.(٢)

القول الثاني- تقبل الشهادة على الشهادة في الحدود و القصاص كسائر الحقوق.

ذهب إلى ذلك: المالكية.(٣)

القول الثالث- لا تقبل الشهادة على الشهادة فيما كان من الحدود حقاً خاصاً لله تعالى. و تقبل فيما كان عقوبة لآدمي كالقصاص و حد القذف.

(١) المغنى و الشرح ج١٢ ص٨٦، ٨٧، مغنى المحتاج ج٤ ص٤٥٣، كشف القناع ج٦ ص٤٣٣،

تكملة رد مختار ج٧ ص٢٢٣، مجمع الأنهر ج٢ ص٢١١.

(٢) تكملة رد مختار ج٧ ص٢٢٣، مجمع الأنهر ج٢ ص٢١١.

(٣) تبصرة الحكام ج١ ص٤٣٥.

ذهب إلى ذلك: الشافعية و الحنابلة في رواية. (١)

و هذا القول يتفق مع القول الأول فيما كان حداً خالصاً لله تعالى كحد الزنا و السرقة و الشرب.

و يتفق مع القول الثاني في القصاص و حد القذف.

استدل الحنفية و الحنابلة على عدم قبول الشهادة على الشهادة في الحدود و القصاص، بأن الحدود مبنية على السر و الدرء بالشبهات و الإسقاط بالرجوع عن الإقرار، و الشهادة على الشهادة فيها شبهة لما يتطرق إليها من احتمال الغلط و السهو و الكذب في شهود الفرع، مع احتمال الكذب أيضاً في شهود الأصل، و شبهة احتمال الكذب في شهود الفرع شبهة زائدة على احتمال الكذب في شهود الأصل، و الحدود تندريء بالشبهات فلا تقبل فيها الشهادة على الشهادة، و القصاص عقوبة بدنية مبنية على الإسقاط فأشبه الحدود في درئه بالشبهة. (٢)

و استدل المالكية على قبول الشهادة في الحدود و القصاص، بأن الفروع عدول نقلوا شهادة الأصول، فالحكم بشهادة الأصول لا بشهادتهم، و قد قبلت في الأموال و حقوق الأبدان، فكذلك تقبل في الحدود و القصاص.

و استدل الشافعية على قبول الشهادة على الشهادة في القصاص و حد القذف، بأن القصاص و حد القذف فيهما حق لآدمي، و حق لآدمي مبنية على المضايقة، أما حق الله تعالى الخالص فمبنية على التخفيف، و لأنه حق آدمي لا يسقط بالرجوع عن الإقرار و لا يستحب ستره فأشبه الأموال.

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٠٧، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٥٢، كشف القناع ج ٦ ص ٤٣٣، المقنع ج ٣

ص ٦٣٤، ٧١٤.

(٢) المغنى و الشرح ج ١٢ ص ٨٨، المقنع ج ٣ ص ٦٣٥، مجمع الأفر ج ٢ ص ١٦٥، ١٦٦.

و أجيب عن دليلي المالكية و الشافعية، بأن الشهادة على الشهادة إنما أجزت
للحاجة و الضرورة استحساناً. و لا حاجة إليها في حدود الله الخالصة لأن ستر صاحبه
أولى من الشهادة عليه.

و القصاص و حد القذف كلاهما عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات و تبنى على الإسقاط
فأشبه الحدود الخالصة.

و لا يصح قياس الحدود أو القصاص على الأموال لما بينهما من الفروق في الحاجة
إليه و التساهل فيها.

و لا يصح قياس الشهادة على الشهادة على شهادة الأصل لما فيها من الاحتمال
الزائد و بهذا يكون القول الأول هو الراجح.

المطلب الثاني

في

كيفية تحمل الشهادة على الشهادة و أدائها

لا خلاف على أن تحميل الأصل الشهادة للفرع يتحقق بقوله مخاطباً له: أشهد على
شهادتي أي أشهد بكذا، أو بقوله: أشهد على شهادتي بكذا.

و هذه الصيغة تتضمن التحميل للفرع و الإذن له بأدائها، لأن الشهادة على
الشهادة فيها معنى النيابة، و النيابة بغير إذن لا تجوز. (١)

و على الفرع أن يجيب على خطاب الأصل بالقبول أو بقوله: أشهد على شهادتك
أنك تشهد كذا.

(١) كانت الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة، لأن الفرع ليس نائباً من كل وجه، لأنه يجوز للقاضي، أن يقضي
بشهادة أصل و فرع عن أصل آخر، و لو كان الفرع نائباً حقيقة لما جاز الجمع بين الأصل و الخلف، تكملة رد
الاختار جـ ٧ ص ٢٢٨.

و لو سكت كان قبولاً منه بحمل الشهادة و أدائها.

أما إذا رد الشهادة بقوله: لا أقبل و نحوه، فإنها ترتد حتى لو شهد بعد ذلك لا تقبل. و يتحقق أداء الفرع للشهادة بقوله أمام القاضي: أشهد أن فلاناً و يذكر اسمه و اسم أبيه و جده، أشهدين على شهادته بكذا، و قال لي: أشهد على شهادتي بذلك، أو يقول: أشهد أن فلاناً و يذكر نسبه، أشهدين على شهادته بكذا، و يؤدي الشهادة كما سمعها.

تحمل المرأة في الشهادة على الشهادة:-

اختلف الفقهاء في جواز تحمل النساء الشهادة على الشهادة و أدائها على قولين:
القول الأول- لا يجوز تحمل النساء الشهادة على الشهادة و لا تقبل شهادتهن و لو كن مع رجل و لو كانت الأصول أو بعضهم نساء و لو كانت الشهادة على ما لا يطلع عليه الرجال غالباً كالولادة.

ذهب إلى ذلك: الشافعية و المالكية في قول (١)

القول الثاني- يجوز تحمل النساء الشهادة على الشهادة و أدائها في كل حق يثبت بشهادتين (٢)، إذا كان معهن رجل متحمل للشهادة على الشهادة، فيقبل في الشهادة على الشهادة رجل و امرأتان، سواء نقلتا عن رجل أو عن امرأتين، أما إذا لم يكن معهن رجل ناقل للشهادة، فلا يقبل نقلهما.

(١) مغنى المحتاج ج٤ ص٤٥٤، تبصرة المحاكم ج١ ص٣٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص٢٠٦.

(٢) الحق الذي يثبت بشهادة النساء هو المال أو ما يقصد به المال أو ما لا يطلع عليه الرجال على ما ذهب إليه المالكية و الحنابلة، أما على ما ذهب إليه الحنفية، فهو كل حق عدا ما كان حداً أو قصاصاً.

ذهب إلى ذلك: الحنفية و المالكية على المعتمد في المذهب و الخنابلة. (١)
استدل القائلون بعدم جواز تحمل النساء الشهادة على الشهادة، بأن الشهادة على
الشهادة مما يطلع عليه الرجال غالباً، و شهادة الفرع تثبت بها شهادة الأصل دون الحق،
و ليس ذلك بمال و لا المقصود منه المال، فأشبهه القصاص و الحد.
و لأن في الشهادة على الشهادة ضعفاً، و بقبول شهادة النساء تزداد ضعفاً على
ضعف.

و أجيب عن هذا الدليل:-

بأن المقصود من شهادة الفرع إثبات الحق الذي يشهد به شهود الأصل، فتقبل
فيه شهادتهن كالبيع، و يفارق الحد و القصاص، فإنه ليس القصد من الشهادة بهما إثبات
مال، و القول بأن قبول شهادتين يزيد الشهادة على الشهادة ضعفاً، مردود بمساواة
المرأتين للرجل في الشهادة فيما تصح فيه شهادة النساء.
و استدل القائلون بجواز تحمل النساء، بأن المقصود من شهادتهن إثبات الحق الذي
يشهد به شهود الأصل، فيدخل النساء فيه كما لو شهدن بأصل الحق.
و الراجح ما ذهب إليه القائلون بقبول شهادتهن، لأن شهود الفرع إن كانوا
يثبتون شهادة الأصل، فهي تثبت بشهادتهن مع الرجال، و إن كانوا يثبتون نفس
الحق فهو كذلك يثبت بشهادتهن مع الرجال.

(١) مجمع الأنهر ج٢ ص ١٦٦، المغنى و الشرح ج١٢ ص ٩٤، حاشية الدسوقي ج٤ ص ٢٠٦ الاختيار
لتعليل المختار ج٢ ص ١٥٠.

المطلب الثالث

في

شروط الشهادة على الشهادة

لا تصح الشهادة على الشهادة إلا إذا تحققت لها الشروط الآتية:

الشرط الأول-

تعذر حضور الأصل، فإذا كان الأصل قادراً على أداء الشهادة فلا تصح الشهادة على الشهادة على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن شهادة الأصل تثبت نفس الحق، وشهادة الفرع تثبت الشهادة عليه، فكان ما يثبت نفس الحق أحوط للشهادة وأقرب لتحقيق العدالة.

و لأن في شهادة الفرع ضعفاً، لأنه يتطرق إليها احتمالان، احتمال غلط شاهدي الأصل واحتمال غلط شاهدي الفرع، فيكون ذلك وهنا فيها، ولذلك لا يؤخذ بها إلا عند الضرورة وهو تعذر حضور الأصل كسائر الأبدال. (١)

و ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية أنه تجوز الشهادة على الشهادة ولو كان الأصل صحيحاً في المصير قياساً على الرواية وأخبار الديانات. (٢)

و أجيب عن دليل الصحابين، بأن قياس الشهادة على الشهادة على الرواية وأخبار الديانات قياس مع الفارق فلا يصح، لأن الرواية وأخبار الديانات روعي فيها التخفيف ولهذا لا يعتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ، والحاجة داعية إليها في حق عموم الناس، بخلاف الشهادة على الشهادة.

(١) تبصرة الحكام ج١ ص ٤٣٦، مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٥٥، تكملة رد المختار ج٧ ص ٢٢٤، المغنى

و الشرح ج١٢ ص ٨٨.

(٢) تكملة رد المختار ج٧ ص ٢٢٥.

و الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن جواز الشهادة على الشهادة كان بطريق الاستحسان للحاجة، و إنما تمس الحاجة عند عجز الأصل، و لأن الأصل إذا أدى بنفسه الشهادة استغنى القاضي عن البحث عن عدالة شهود الفرع و كان أحوط للشهادة، فإن سماعه منه متيقن و صدق شاهد الفرع مظنون، و العمل باليقين مع إمكانه أولى من اتباع الظن. و يتمثل تعذر حضور الأصل بموته أو مرضه أو غيبته أو حبسه أو خوفه من سلطان أو غيره.

و المراد بالمرض ما لا يستطيع معه الأصل الحضور إلى مجلس القضاء لأداء الشهادة. و بالغية: أن يكون الأصل في موضع بينه و بين مجلس الحكم مسيرة ثلاثة أيام و لياليها على ما ذهب إليه الخنفية في ظاهر المذهب و المالكية^(١)، كما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة في قولين هما، لأن ما دون ذلك في حكم الحاضر في الترخص و غيره، و على ما ذهب إليه أبو يوسف و الحنابلة في قول أن يكون الأصل في موضع لو حضر لأداء الشهادة لا يبيت في منزله لأن الشاهد تشق عليه المطالبة بمثل هذا السفر و قد قال الله تعالى: "و لا يضار كاتب و لا شهيد" و على ما ذهب إليه الشافعية في الصحيح أن تكون غيبته فوق مسافة العدو و هو في معنى ما ذهب إليه أبو يوسف و الحنابلة في قول، لأنها التي يتمكن المبكر إليها، من الرجوع إلى أهله في يومه.

هذه هي أقول الفقهاء في حد الغيبة التي يعتبر فيها الأصل معذوراً و تبيح له أن يشهد على شهادته.

و انظر فيها و مقارنتها بما طرأ على وسائل المواصلات الحديثة من سرعة و أمان

(١) في قول عند المالكية إذا كانت الشهادة على الشهادة في حد فيشترط في الغيبة أن تكون بعيدة، فأما اليومان و الثلاثة فلا يصح النقل فيها، تبصرة الحكام جـ ١ ص ٤٣٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص

و قلة تكاليف، فأننا لا نجد بينها فواصل أو خلاف، فسواء اعتبرنا الأصل بينه و بين مجلس القاضي مسيرة ثلاثة أيام و لياليها أو أنه في موضع لو حضر لأداء الشهادة لا يبيت في منزله. فإن ذلك صار الآن يقطع في ساعات قليلة.

و لذلك أرى أن يكون المعيار في ذلك: المشقة و عدمها، فمتى شق على الأصل السفر و سبب له متاعب أو فوات مصلحة، كان ذلك عذراً، و هذا ما يتفق و قوله تعالى: "و لا يضار كاتب و لا شهيد" و من أفراد الضرر لحوق مشقة بالشاهد . أما المحبوس فتقل عنه الشهادة على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأنه لا يملك الخروج من سجنه و هو مجبور عليه.

و ذهب الحنفية في ظاهر المذهب، إلى أن من لزمته الشهادة و كان محبوساً، يخرج القاضي من سجنه بمحافظ معه لأداء الشهادة بنفسه ثم يعود إلى سجنه. و ما ذهب إليه الحنفية هو الراجح، لأن شهادة الفرع لا يصار إليها إلا عند تعذر الأصل، و هنا القاضي قادر على سماع الأصل بما له من سلطة إخراج المحبوس من سجنه، و مادام الأصل مقدوراً فلا يصار إلى البدل.

الشرط الثاني- تحقق شروط الشهادة:

يشترط في كل واحد من الأصل و الفرع أن تتحقق فيه شروط الشهادة من العدالة و غيرها، لأن الحكم يبنى على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما. و يجوز لشهود الفرع تعديل شهود الأصل و الشهادة على شهادتهما، لأن الفرع من أهل التزكية.

و في قول للحنفية: لا يصح للفرع أن يعدل الأصل لتهمة المنفعة. (١)

(١) تكملة رد المحتار جـ ٧ ص ٢٣٠.

و أجب بأن الفرع ناقل لعبارة الأصل إلى مجلس القاضي، و بالنقل ينتهي حكم النيابة فيصير أجنبياً، فيصح تعديله إذا عرفه القاضي.

و إذا لم يعدل شهود الفرع شهود الأصل، بأن سكتوا، أو قالوا. لا نعرف عدالتهم، فعلى ما ذهب إليه الحنفية في ظاهر المذهب و الشافعية و المالكية و الحنابلة، تصح شهادتهم، و ينظر القاضي في حال الأصول، فإن عدلهم غيرهم قضى و إلا لم يقض.

لأن الواجب على الفروع ليس إلا نقل ما حملهم الأصول دون تعديلهم، فإنه قد يخفي حالهم عنهم، فإذا نقلوا ما حملوهم، فعلى القاضي أن يتعرف حالهم. و غايته أن الفروع لما كانوا حاضرين و هم أهل للتزكية إذا كانوا عدولاً، فسؤالهم أقرب للمسافة و أسرع في تحقيق العدالة من سؤال غيرهم فإن كان عندهم علم فقد قصرت المسافة، و إلا احتاج إلى تعرف حالهم من غيرهم.

و ذهب محمد بن الحسن من الحنفية، إلى أنه لا تصح شهادة الفروع، إلا إذا كانوا عارفين بعدالة الأصول، لأنه لا شهادة إلا بالعدالة، فإذا لم يعرفوها فيهم لم يصح نقلهم عنهم، لأنها لم تثبت شهادة بعد.

و أجب بأن الواجب على الفروع ليس إلا نقل ما حملهم الأصول دون تعديلهم، فإنه قد يخفي حالهم عنهم، فإذا نقلوا ما حملوهم، فعلى القاضي أن يتعرف حالهم، و الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء و هو أنه لا يشترط في الفروع علمهم بعدالة الأصول. لما قالوه، و لأن الأصل لو شهد بنفسه فعلى القاضي أن يبحث عن عدالته، فكذلك لو نقل فرع عنه الشهادة.

الشرط الثالث - استرعاء الأصل للفرع:

يقصد باسترعاء الأصل للفرع: التماس الأصل من الفرع رعايته للشهادة و حفظها و تأديتها أمام القاضي عند الإحتياج إليها لأن الشهادة على الشهادة نيابة فاعتبر فيه

الأذن و صورة ذلك أن يقول الأصل للفرع اشهد على شهادتي أي اشهد أن لفلان على فلان كذا، و يعتبر استرعاء الأصل للفرع شرطاً في أدائه للشهادة على، ما ذهب إليه الحنفية و الحنابلة في الصحيح من المذهب و المالكية.

و على ذلك: فليس لمن سمع استرعاء الأصل للفرع أن يشهد على الشهادة المذكورة لأن تحميل الأصل للفرع شرط، و التحميل لا يصح إلا بالأمر. قال أحمد رحمه الله: لا تكون شهادة إلا أن يشهدك، أما إذا سمعته يتحدث فإنما ذلك حديث.

و لأن الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة، و النيابة يغير إذن لا تجوز. (١) و ذهب الشافعية و الحنابلة في وجه إلى أن استرعاء الأصل للفرع ليس شرطاً بل متى صح الاسترعاء لم يختص التحمل بالمسترعى، بل له و لمن سمع ذلك أن يشهد على الشهادة المذكورة. (٢)

و الراجح ما ذهب إليه الحنفية و المالكية و الحنابلة في الصحيح من المذهب، و هو أن استرعاء الأصل للفرع شرطاً في تحمل الشهادة و أدائها لما قالوه و سدا لذريعة التوسع في الشهادة على الشهادة، فهي قد اجيزت استحساناً للضرورة و الضرورة تقدر بقدرها، فلا تعدو موضعها.

(١) الإنصاف ج١٢ ص٩٠، ٩١، المغني و الشرح ج١٢ ص٩١، كشاف القناع ج٦ ص٤٣٤، تبصرة الحكام ج١ ص٤٣٦، ٤٦٣، تكملة رد المختار ج٧ ص٢٢٨، حاشية اللسوقي على أنشرح الكبير ج٤ ص٢٠٤.

(٢) مغني المحتاج ج٤ ص٤٥٣.

المطلب الخامس

في

نصاب الشهادة على الشهادة (عدد شهود الفرع)

يقصد بنصاب الشهادة على الشهادة: عدد شهود الفرع على كل أصل. يختلف الفقهاء في نصاب الشهادة على الشهادة على قولين:

القول الأول - يشترط في نصاب الشهادة على الشهادة، أن يشهد شاهدان على كل أصل فإن شهد فرع واحد على أصل، فلا تصح الشهادة. ذهب إلى ذلك: الحنفية و المالكية و الشافعية.

القول الثاني - لا يشترط في نصاب الشهادة على الشهادة شهادة فرعين على كل أصل، بل لو شهد واحد صحت شهادته. ذهب إلى ذلك: الحنابلة.

استدل القائلون باشتراط شاهدين على كل أصل، بأن شهادة كل واحد من الأصلين هي المشهود بها، و المشهود لا يثبت إلا بشهادة شاهدين، فمن ثم لا تثبت شهادة كل أصل بأقل من شاهدين، كما لا يثبت إقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما شاهد واحد.

و أجيب عن ذلك، بأن شاهدي الفرع لا يتقلان عن شاهدي الأصل حقاً عليهما و لهذا لو أنكرها لم يطلبها الحاكم منهما، فوجب أن يقبل فيه قول واحد كأخبار الديانات، و فارق المقرين بمحققين، لأن الأصلين مقرين بحق واحد.

و استدل القائلون بصحة شهادة فرع على كل أصل، بأن شهود الفرع بدل عن شهود الأصل فيكفي بمثل عددهم.

و الراجح ما ذهب إليه الخنابلة و هو أنه لا يشترط في صحة الشهادة على الشهادة شهادة فرعين على كل أصل، بل شاهد واحد يكفي لما قالوه، و لأن الحق و قد ثبت بشهادة شاهدين، فكذلك يثبت بشهادة فرعين كما لو شهدا بنفس الحق. شهادة أحد الفرعين على شهادة الآخر:-

اختلف القائلون باشتراط النصاب على شهادة الأصل في صحة شهادة أحد الفرعين على شهادة الآخر على قولين.

القول الأول- يصح أن يشهد أحد الفرعين على شهادة الآخر، فإن كان شهود الأصل اثنين فشهد على أحدهما شاهد و على الثاني شاهد آخر، جاز لكل من الفرعين أن يشهد على شهادة صاحبه.

ذهب إلى ذلك الحنفية و المالكية. (١)

القول الثاني- لا يجوز أن يشهد أحد الفرعين على شهادة الآخر بل لابد من شاهدين فرعين على كل أصل كما لو شهدا على مقرين.

ذهب إلى ذلك: الشافعية في الصحيح. (٢)

و على هذا القول فيشترط أن يكون شهود الفرع أربعة.

استدل القائلون بصحة شهادة أحد الفرعين على شهادة الآخر. بأن الشهادة هنا إثبات قول اثنين فجاز بشاهدين ، فشهادتهما على القولين، كما لو شهدا بإقرارين بحقين أو بإقرار اثنين، و قد ورد عن علي رضي الله عنه قال: لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين، و هو بإطلاقة يفيد الإكتفاء باثنين من غير تقييد

(١) تكملة رد المختار جـ ٧ ص ٢٢٧، بصرة الحكام جـ ١ ص ٤٣٩.

(٢) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٥٥.

بأن يكون بأزاء كل أصل فرعان. (١)

و استدل الشافعية في الصحيح على أنه لا يجوز أن يشهد أحد الفرعين على شهادة الآخر، بأن الفرعين قاما في التحمل مقام شاهد واحد في حق واحد، فإذا شهدا فيه على الشاهد الآخر، صارا كالشاهد إذا شهد بالحق مرتين.

و لا خلاف من أنه لا يجوز أن يشهد أصل مع فرع على الأصل الثاني، فهذا مثله. و الراجح ما ذهب إليه الحنفية و المالكية، و هو أنه يجوز لمن شهد على شهادة أصل، أن يشهد على شهادة الأصل الثاني لما قالوه، و لأن حاصل أمرهما أنهما شهدا بحق هو شهادة أحد الأصلين، ثم شهدا بحق آخر هو شهادة الأصل الآخر. و لا مانع من أن يشهد شاهدان بحقوق كثيرة.

و هذا بخلاف ما إذا أدى أحد الأصلين شهادته بنفسه، ثم شهد مع فرع آخر على الأصل الثاني، لأن فيه يجتمع البدل و المبدل، و لأن من قام بأحد شطري الشهادة لا يقوم بالآخر و لو مع غيره.

المطلب السادس

في

مبطلات شهادة الفرع

تبطل شهادة الفرع بواحد من الأمور الآتية:

١- زوال العذر.

إذا زال عذر الأصل قبل صدور الحكم، بأن حضر الأصل من السفر أو صحت من المرض، بطلت شهادة الفرع و لو كان قد أدى الشهادة، ووقف الحكم

(١) أوردة صاحب تكملة رد المختار ج٧ ص٢٢٧.

على سماع الأصل، لأنه قدر على الأصل قبل العمل بالبدل، كالتميم يقدر على الماء.
أما زوال العذر بعد الحكم فلا أثر له على إمضاء الحكم. (١)

٢- خروج الأصل عن الأهلية، كما لو فسق أو ارتد أو نشأت بينه وبين
المشهد عليه عداوة أو نحو ذلك، لأن استمرار شروط الشهادة من
العدالة وغيرها شرط في الأصول والفروع إلى صدور الحكم.
و حدوث الفسق أو الردة أو غيرهما، يدل على سببية مقدمتها قبل
ذلك، فهي لا تهجم أو تحدث دفعة واحدة، بل الفسق يورث الريبة فيما
تقدم و الردة تشعر بجث العقيدة و العداوة لضغائن كانت مستكنة، و ليس
لمدة ذلك ضبط فيعطف إلى حال التحمل.

و ذهب الثوري و المزني إلى أنه يحكم بشهادتهما، لأن بقاء أهلية
الشهادة ليس شرطاً في الحكم بدليل ما لو ماتا، و لأن فسقهما تجدد
بعد أداء الشهادة، فأشبه ما لو تجدد بعد الحكم بهما.

و على ما ذهب إليه الحنفية و الشافعية في قول يعتبر طرء الجنون
و الخرس و العمى على الأصل مبطل للشهادة كذلك. كما هو الحال في
الفسق.

أما على ما ذهب إليه الحنابلة و الشافعية في الصحيح و المالكية فلا يعتبر
طرء واحد من هذه الأوصاف مبطل للشهادة.

(١) في قول عند الحنفية، أن حضور الأصل لا يقتضي بطلان شهادة الفرع، بل يقتضي عدم القضاء شهادته و فائدة
ذلك: أن الأصل لو غاب بعد ذلك، فإن القاضي يقضي بشهادة الفرع، أما القول بالبطلان فمقتضاه رفع
الشهادة.

و الراجع ما ذهب إليه الحنابلة و الشافعية في الصحيح و المالكية،
لأن طروء الجنون أو الخرس أو العمى على الأصل لا يوجب ريبة في
الماضي. (١)

٣- إنكار الأصول للشهادة.

إذا أنكر شهود الأصل الشهادة بأن قالوا: ليست لنا شهادة في هذه
الحادثة أو لم نشهد الفروع على شهادتنا، فإن شهادة الفروع لا تقبل، لأن
التحميل لم يثبت. أما إذا أشهد على شهادته، ثم فهاه عنها، فلا يصح نفيه،
لأن الإشهاد ليس بتوكيل، إذا لو كان توكيلاً لصح منعه، و لكن يشترط
أمره بالشهادة لأنها حقه، فلا يعتبر نقل أحد بدون أمره، حتى لو سمع
تحميل غيره ليس للسامع أن يشهد عنى شهادته، لأنه إنما حمل غيره
بمحضرته، على الراجع من أقوال الفقهاء. (٢) و الله أعلم.

المبحث العاشر

في

كتاب القاضي إلى القاضي و فيه مطالب

لا خلاف بين الفقهاء في أن كتاب القاضي إلى القاضي جائز و مشروع.
و قد دل على شرعيته السنة و الإجماع و المعقول.

أما السنة:

فما صح أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى كسرى و قيصر و النجاشي و ملوك
الأطراف يدعوهم إلى الله تعالى.

(١، ٢) بصره الحكم ج ١ ص ٤٣٧، مفتيحتاج ج ٤ ص ٤٥٤، المغنى و الشرح الكبير ج ١٢ ص

٨٤، ٨٥، ٩٠، تكملة رد مختار ج ٧ ص ٢٣١، ٢٣٦.

و كان عليه الصلاة و السلام يكتب لنوابه في البلاد و لعماله و ساعاته، و هذه الكتب قامت مقام خطابه لهم حتى وجب عليهم ما أمرهم به في كتبه كما وجب بخطابه و كما قام كتاب الله تعالى إليه صلى الله عليه وسلم مقام خطابه له في الأمر و النهي و غيرهما. (١)

و روى الضحاك بن سفيان قال: "كتب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ان أورت امرأة أشيم الضيبي من دية زوجها". (٢)

و قد أجمعت الأمة على صحة كلام القاضي إلى القاضي. (٣)

و لأن الحاجة إلى قبوله داعية، فإن الإنسان قد يكون له حق في بلد غير بلده و لا يمكنه إثباته و المطالبة به إلا بكتاب القاضي، كما أنه قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه و شهوده في مجلس القضاء، فلو لم يجز كتاب القاضي إلى القاضي لصاع الحق و اتخذ الناس عدم حضورهم مجلس القضاء ذريعة لأكل أموال الناس بالباطل و لا تغني الشهادة عن كتاب القاضي. لأن القاضي يحتاج فيها إلى تعديل الأصول و قد يتعذر ذلك. (٤)

المطلب الأول

في

أنواع كتاب القاضي إلى لقاضي

(١) هذه الكتب رواها البخاري و مسلم و أبو داود و الترمذي و غيرهم، انظر في التخریج هامش شرح الزركشي ج ٧ ص ٢٧٨.

(٢) هذا الحديث رواه الشافعي في مسنده و أبو داود و الترمذي و قال عنه أنه حديث حسن صحيح، كما رواه البغوي في شرح السنة و أحمد في مسنده و ابن ماجه و البيهقي، انظر شرح السنة للبغوي ج ٨ ص ٣٧١، مجمع الزوائد ج ٤ ص ٢٣٠.

(٣) المغني و الشرح ج ١١ ص ٤٥٨، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٢٩.

(٤) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥، المغني و الشرح ج ١١ ص ٤٥٨، الاختيار لتعليل المختار ج ٢ ص ٩١.

يتنوع كتاب القاضي إلى القاضي إلى نوعين:

النوع الأول - كتابه بما ثبت عنده ليحكم به قاض آخر.

إذا تقدم صاحب حق إلى قاضي بلدة و سألَه أن يسمع شهوده بحقه على رجل في بلد آخر و أن يكتب له كتاباً إلى قاضي ذلك البلد بهذه الشهادة، فلا خلاف بين الفقهاء في أن على القاضي أن يجيبه إلى طلبه، فيسمع بينته و يكتب له بها كتاباً إلى قاضي البلد الذي يوجد فيه خصمه ليتمكن من مقاضاته عنده.

و كتاب القاضي إلى القاضي في سماع البينة يتناول سماعه للشهادة الكاملة أو شطرها أو نصف الشطر كما لو شهدت امرأة واحدة، لأن القاضي إنما يكتب عند كمال النصاب لأجل الضرورة، و هو تعذر الجمع بين شهود المدعي و خصمه و هذا المعنى موجود فيما إذا وجد الشطر أو نصفه، لأن بعض شهود المدعي قد يكون في هذا البلد و بعضهم في بلد آخر، فيجوز الكتاب كما يجوز عند كمال النصاب لأن غاية كتاب القاضي إلى القاضي نقل الشهادة، أما الحكم فهو متروك للمكتوب إليه. يحكم بما يراه.

و على ما ذهب إليه الحنفية في ظاهر الرواية و الشافعية في الصحيح و الحنابلة، فإن هذا الكتاب لا يقبله المكتوب إليه إلا أن يكون بينه و بين القاضي الكاتب مسافة القصر على قول الجمهور أو مسافة العدوى على الصحيح من المذهب الشافعي، و هي التي لا يرجع منها عشية إلى موضعه الذي بكر منه، لأن كتابه هذا بمنزله نقل شهادة، فاعتبر فيه ما يعتبر في الشهادة على الشهادة، و لأن المدعي يمكنه في المسافة القريبة أن يدعو الشهود أعلام القاضي الآخر ليشهدوا عنده كما في الشهادة على الشهادة. (١)

(١) كتاب أدب القاضي من التهذيب للغوي ص ٢٧٤، مجمع الأمل ج ٢ ص ١٢٨، ١٢٩، المغني و الشرح ج ١٢ ص ٤٥٩ شرح الزركشي ج ٧ ص ٢٨٠، مغني المحتاج ج ٤ ص ٤١١.

أما على ما ذهب إليه المالكية و الحنفية و الشافعية في قولين لهما فإن القاضي المكتوب إليه يقبله في المسافة القريبة و البعيدة حتى لو كان في جانبي بلد واحد، لأنه كتاب حاكم بما ثبت عنده فجاز قبوله مع القرب ككتابه بمحكمه. (١)

و الراجح ما ذهب إليه القائلون بأن المكتوب إليه يقبل الكتاب في المسافة القريبة و البعيدة على حد سواء، و بخاصة في زمننا الذي قربت فيه المسافات البعيدة بواسطة المواصلات السريعة.

النوع الثاني: من كتاب القاضي إلى القاضي:

كتابه بما حكم به إلى قاض آخر و له ثلاث صور:

الصورة الأولى- أن يحكم على رجل حاضر بحق فيغيب ذلك الرجل قبل إيفاء الحق المحكوم به عليه.

الصورة الثانية- أن يقيم المدعى بينة على مدعى عليه حاضر فيهرب المدعى عليه قبل صدور الحكم بالحق المدعى به.

في هاتين الصورتين لا خلاف بين الفقهاء في أن المدعى لو طلب من القاضي في الصورة الأولى أن يكتب له كتاباً إلى القاضي الذي يقيم في ولايته المدعى عليه لينفذ عليه الحكم، أو طلب منه في الصورة الثانية أن يحكم له بحقه و أن يكتب له كتاباً إلى القاضي الذي يقيم في ولايته المدعى عليه، أنه يجيبه إلى طلبه، فيكتب له بما حكم به في الصورة الأولى، و يكتب له كذلك في الصورة الثانية بعد أن يحكم على المدعى عليه، (٢).

(١) تبصرة الحكام ج١ ص ٩٧، مجمع الأنهر ج٢ ص ١٢٨، ١٢٩، مغني المحتاج ج٤ ص ٤١١.

(٢) قيد المالكية الحكم على المدعى عليه المأرب بعد سماع البينة في حضوره، بما إذا تغيب بعد أن استوفى القاضي جميع حججه و هرب فراراً من القضاء عليه و في هذه الحالة يقضي عليه و يعجزه و لا يكون له إذا قدم أن يقوم بحججه، بمنزلة من قضى عليه و هو حاضر، إلا على قول بأن المحكوم عليه إذا أتى بحجة لها وجه بعد الحكم عليه ألما تسمع .-

لوجود الحجة الشرعية و شرط الحكم، و هو حضور المدعى عليه، و يجب على القاضي المكتوب إليه قبول ذلك الكتاب و العمل به، لأن كتاب القاضي إلى القاضي كخطابه له، و لو خاطبه بذلك و أعلمه صح، فكذلك كتابه. و لأن حكم الحاكم يجب إمضاؤه على كل حاكم^(١)، و لا فرق في قبوله الكتاب و العمل به، أن تكون المسافة بينه و بين القاضي الكاتب قريبة أو بعيدة.

الصورة الثالثة— أن يدعي شخص حقاً على غائب، و يطلب من القاضي سماع بينته و الحكم له على الغائب و أن يكتب له كتاباً إلى القاضي المقيم في دائرته الغائب. اختلف الفقهاء في هذه الصورة على قولين:-

القول الأول— يلزم القاضي أن يسمع بينته و يحكم له بما طلب و يكتب له كتاباً إلى قاضي البلد الذي فيه الغائب.

ذهب إلى ذلك: المالكية و الشافعية و الحنابلة في المشهور من المذهب.^(٢)
القول الثاني— لا يجوز القضاء على الغائب إلا بحضوره و كيل من قبله أو منصّباً من قبل القاضي.

ذهب إلى ذلك: الحنفية و الحنابلة في رواية.^(٣)

= و أما إذا هرب و تغيب قبل أن يستوفي القاضي جميع حججه، فالواجب أن يتلوم له، فإن لم يخرج و تمادى على تغيبه و اختفاه قضى عليه من غير أن يقطع فجه، تبصرة الحكام لبن فرحون جـ ١ ص ٩٨، ٩٩.

(١) المغنى و الشرح جـ ١٩ ص ٤٥٨، كتاب أدب القاضي للبيهقي ص ٢٧٤، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٠٦، شرح الزركشي جـ ٧ ص ٢٧٩، ٢٨٠، الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ٩١، مجمع الأثر جـ ٢ ص ٢٨، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٥ و ما بعدها.

(٢) المغنى و الشرح جـ ١٩ ص ٤٥٨، ٤٨٥، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٠٦، تبصرة الحكام جـ ١ ص ٩٧، ٩٨.

(٣) مجمع الأثر جـ ٢ ص ١٢٨، الاختيار جـ ٢ ص ٨٧، المغنى و الشرح جـ ١١ ص ٤٨٥، شرح الزركشي جـ ٧ ص ٢٨٦.

استدل جمهور الفقهاء بجواز القضاء على الغائب بالسنة و المعقول.

أما السنة فما روته عائشة رضي الله عنها قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني و يكفي بني إلا ما أخذت من ما له بغير علمه، فهل على في ذلك من جناح؟ فقال: خذي من ما له بالمعروف ما يكفيك و يكفي بيتك" متفق عليه. (١)

وجه الدلالة من الحديث: دل الحديث على جواز القضاء على الغائب، لأنه صلى الله عليه وسلم قضى لها و لم يكن زوجها حاضراً.

أعترض على وجه الدلالة: بأن الحديث ليس في باب القضاء، وإنما هو فتوى و إعانة للوصول إلى الحق.

أما المعقول فهو أن المدعى يدعى حقاً و له عليه بينة مسموعة عادلة، فجاز الحكم بما كما لو كان الخصم حاضراً.

اعترض على المعقول، بأن القضاء على الغائب بالبينة، و هي لا تكون حجة إلا إذا سلمت عن الطعن، و الطاعن غائب فلا يصح سماعها و الحكم بموجبها.

استدل الحنفية على عدم صحة القضاء على الغائب بالسنة و المعقول:-

أما السنة:

فما روى عن علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقضى للأول حتى تسمع كلام الآخر فسوف تسري كيف تقضى". (٢)

(١) نيل الأوطار ج٦ ص ٣٦٢، سبل السلام ج٣ ص ٢١٨.

(٢) رواه أحمد و أبو داود و الترمذي و حسته و قواه ابن المديني و صحيحه ابن حبان، سبل السلام ج٤ ص

١٢، نيل الأوطار ج٨ ص ٣٠٩.

وجه الدلالة من الحديث:

دل الحديث على أنه يحرم على الحاكم أن يحكم قبل سماع حجة سماع حجة كل واحد من الخصمين و استفصال ما لديه و الإحاطة بجميعه، و النهي يدل على قبح المنهي عنه و القبح يستلزم الفساد، فإذا قضى قبل السماع من أحد الخصمين كان حكمه باطلاً.

اعتراض على وجه الدلالة من الحديث:

بأن معنى الحديث إذا تقاضى إلى الحاكم رجلان فلا يجوز للقاضي الحكم قبل سماع كلامهما، و هذا يقتضي أن يكونا حاضرين. و يفارق الحاضر الغائب، فإن البيئة لا تسمع على الحاضر إلا بحضورته و الغائب بخلافه. و أما المعقول:

على عدم صحة القضاء على الغائب، فهو أن القضاء يقطع المنازعة و لا منازعة بدون الإنكار، فلا وجه إلى القضاء على الغائب إلا بحضرة من يقوم مقامه إما بإنابته كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي. أو أن يكون ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر، كمن ادعى داراً في يد رجل فأنكر فأقام المدعى البيئة أنه اشتراها من فلان الغائب في هذه الحالة يقضى بالدار على الحاضر و الغائب. (١)

أين تكون الخصومة على الغائب:-

اشترط المالكية في الحكم على الغائب و سماع البيئة عليه، أن يكون في عمل ولاية القاضي الذي يباشر الخصومة و متوطناً به، أو أن يكون له بموضع الحكم مال أو وكيل

(١) الاختيار ج٢ ص ٨٧، مجمع الأفرج ج٢ ص ١٣٤، هذا و قد نص الحنفية على أنه لو حكم حاكم غير حنفي على الغائب و بعث بكتابه إلى قاض حنفي، فإن على القاضي الحنفي، أن ينفذ الكتاب كما جاء، لأنه حكم حاكم، مجمع الأفرج ج٢ ص ١٣٤.

أو حميل، وإلا لم يكن له سماع الدعوى عليه ولا حكم، لأن القاضي لم يول على جميع الناس، بل على بلد خاص. (١)

أما على ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، فلا يشترط في الحكم على الغائب أن يكون متوطناً في محل ولاية القاضي أوله فيها مال أو غيره، بل يجوز الحكم عليه ولو كان خارجاً عن محل ولايته، لأن العبرة بموضع الحكم، إلا إذا منعه الإمام من الحكم بين غير أهل ولايته حيثما كان، فيكون الأمر على ما أذن فيه، لأن الولاية بتولية فيكون الحكم على وفقها. (٢)

متى يعتبر المدعى عليه غالباً:-

أولاً- في المذهب المالكي:

يفرق المالكية بين الغائب عن محل ولاية القاضي وهو غير متوطن به، لكن له بمحل الولاية مال أو وكيل، وبين الغائب عن محل ولايته وهو متوطن به.

فإن كان غائباً عن محل ولاية القاضي وهو غير متوطن به لكنه له بمحل ولايته مال أو وكيل أو حميل فإنه يعتبر غائباً إذا كانت غيبته متوسطة أو بعيدة، لأن الغيبة في المذهب المالكي على ثلاثة أقسام: قرية و متوسطة و بعيدة فالقرية ما كانت على مسيرة اليوم أو اليومين أو الثلاثة مع الأمن، وفيها يعتبر الغائب في حكم الحاضر في سماع الدعوى عليه والبيئة و تزكيتها، ثم يكتب إليه القاضي بالاعتذار فيها وأنه إما

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص ١٦٢.

(٢) مغنى المحتاج ج٤ ص ٤١١، ٤١٢، المغنى والشرح ج١١ ص ٤١٢، ٤١٣، هذا ويقول الشافعية إنه لا فرق في مسائل الفصل بين حضور المدعى عليه و غيبته، ولا بين كون المدعى به في محل ولاية القاضي أو خارجاً عنها كما أن قضاءه ينفذ على الخارج عن محل ولايته إذا قامت البيئة بنسبه و صفته و على هذا قال العلماء بمقتضى القضاء، قاضي قرية ينفذ قضاؤه على بقاع الدنيا في دائرة الآفاق و يقضي على أهل الدنيا. مغنى المحتاج ج٤ ص ٤١١، ٤١٢.

يقدم لإبداء الطعن في الشهادة أو يوكل غيره في ذلك، فإن لم يفعل حكم عليه في كل شيء ديناً كان أو عرضاً أو عقاراً أو حيواناً أو غير ذلك، وبيع عقاره ونحوه في الدين ثم يعجزه، أي يحكم عليه بعدم قبول بينته إذا قدم، لأنه لا عذر له. (١)

و الغيبة المتوسطة لعشرة أيام مع الأمن أو يومين مع الخوف، وفيها يعتبر غائباً ويحكم عليه مع يمين المدعى بعد سماع البينة في غير استحقاق العقار، لكثرة تشاح النفوس بسببه و حصول الضغن و الحقد و النزاع عند أخذه، فتؤخر الدعوى عليه فيه حتى يقدم، و ليكون حضوره أقطع للنزاع، أما في غير الاستحقاق فإنه يحكم به كما في بيعه في دين أو نفقة زوجة، و ترجى له الحجة في كل ذلك.

و أما الغيبة البعيدة كأفريقيا من مكة و المدينة من الأندلس و خراسان، فإن صاحبها يعتبر كذلك غائباً و يقضي عليه في كل شيء بعد سماع البينة و تزكيتها بيمين القضاء من المدعى و التي لا يتم القضاء إلا بها. و يبقى الغائب على حجته عند قدومه. أما إذا كان غياب المدعى عليه عن مجلس القضاء و هو في محل ولايته و متوطن به، فإما أن يكون بينه و بين مجلس القضاء مسافة ستين ميلاً و هي مسافة القصر أو أكثر منها.

فإن كانت غيبته على مسافة القصر، فالقاضي مخير بين أمرين: -

الأمر الأول - أن يجلبه إلى مجلس القضاء جبراً عليه بالوسيلة التي يراها على المقتى به في المذهب، و إن كان بعض فقهاء المالكية قد اشترط لجلب المدعى عليه جبراً أن يأتي المدعى بشبهة كأثر ضرب أو جرح، لئلا تكون دعواه باطلة و يريد إعنات المدعى عليه.

(١) استثنى بعض المالكية عدم تعجزه في دعوى الدم و الحس و العتق و النسب و الطلاق، انظر حاشية الدسوقي

على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٦٢، تبصرة الحكام ج ١ ص ٩٨.

الأمر الثاني - أن يكتب إليه بحضوره أو توكيل غيره أو يرض خصمه، أما إذا كانت المسافة بين المدعى عليه الغائب وبين مجلس القضاء أكثر من ذلك، فلا يجلبه، إلا إذا أقام المدعى شاهداً يشهد له بالحق.

و في هذه الحالة إن شاء القاض جلبه جبراً، و إن شاء كتب له بالحضور أو التوكيل أو إرضاء خصمه. (١)

ثانياً - في المذهب الشافعي:

يفرق الشافعية بين الغائب المقيم في دائرة اختصاص القاضي، و بين الغائب الخارج عن دائرته.

فإن كان في محل ولايته، فيشترط لسماع البينة عليه و الحكم بها، أن تكون غيبته في مسافة بعيدة. و هي التي لا يرجع مبكر منها إلى موضعه الذي بكر منه عشية ليلته. و قيل هي مسألة القصر، لأن الشارع اعتبرها في مواضع فما دونها في حكم الحاضر. و إنما جاز القضاء على الغائب في هذه الغيبة، لأنه لو لم تسمع البينة عليه و الحكم بموجبها، لصارت الغيبة و الامتناع طريقاً إلى أبطال الحقوق التي نصب الحكام لحفظها. و في تحليف المدعى يمين الاستظهار وجهان مصححان:-

الأول - يجب تحليف المدعى بعد تعديل البينة أنه ما أبرأه المدعى عليه و لا عن شيء منه و لا استوفاه شيئاً منه و لا أحال عليه أحداً و لا بشيء منه و أنه لثابت عليه الآن، و إنما وجب تحليفه، لأن المدعى عليه لو كان حاضراً و ادعى شيئاً من هذه الأشياء كان له تحليفه.

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص١٦٢، تبصرة الحكام ج١ ص٩٨، ٩٩.

الثاني- يستحب التحليف و لا يجب، و هذا الوجه كما يقول ابن أبي الدم هو ما عليه المحققون في المذهب.

أما إذا كان الغائب على مسافة دون المسافة البعيدة أي على مسافة قريبة، فيعتبر كالحاضر في البلد، فلا تسمع بينة عليه و لا يحكم عليه بغير حضوره، إلا إذا امتنع عن الحضور أو توارى و عجز القاضي عن إحضاره بنفسه أو بواسطة الشرطة، لأنه تعذر حضوره و سؤاله فجاز القضاء عليه كالغائب البعيد، بل هو أولى، لأن البعيد معذور، و هذا لا عذر له. فيحكم عليه بغير حضوره و بغير نصب وكيل ينكر عنه بعد تحليف المدعى اليمين المشار إليها آنفاً، لأن المدعى عليه ربما يكون مقراً فيكون انكار الوكيل كذباً، و يشترط أن يقول المدعى في الدعوى على الغائب: لي على فلان كذا و هو منكر فإن لم يقل هو منكر. بل قال: لا آمن أن ينكر فلا تسمع دعواه على ما عليه العمل، و يبقى الغائب إذا قدم على حجته بالأداء و الإبراء و جرح الشهود.(١)

المذهب الحنبلي:

لا فرق في المذهب الحنبلي بين البعيدة و المسافة القريبة، و لا بين من كان في ولاية القاضي أو خارجاً عنها في سماع البينة على الغائب و الحكم بموجبها. و غايته أن الخصم إذا كان في ولايته و غائباً عن مجلس القضاء، فإن البينة لا تسمع عليه حتى يحضر، بعدت المسافة أو قربت، لأنه أمكن سؤاله، فإن امتنع من الحضور أو توارى سمعت البينة عليه و حكم بها في ظاهر كلام أحمد، لأنه غائب أشبه الغائب البعيد.

(١) مفتي المحتاج ج٤ ص٤١٤، ٤١٥، كتاب أدب القاضي من التهذيب للغوي تحقيق الدكتور إبراهيم بن على صندوقجي ص٢٥٠، ٢٥٣، كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ص٢٦١.

و في رواية لا تسمع البينة عليه حتى يحضر، فإن امتنع عن الحضور، بعث القاضي إلى صاحب الشرطة ليحضره، فإن تكرر منه الاستتار، أقعد على بابه من يضيق عليه في دخوله و خروجه حتى يحضر، لأن ذلك طريق إلى حضوره و تخلص الحق منه. و في استحلاف المدعى على بقاء حقه على الغائب روايتان:-

أشهرهما لا يستحلف، لإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: البينة المدعى و اليمين على من أنكر، فإنه ظاهر في أنه لا شيء على المدعى غير البينة، كما أنه لا شيء على المنكر غير اليمين على إحدى الروايتين. و لأنها بينة عادلة فلم تجب اليمين معها، كما لو كانت على حاضر.

و الثانية يستحلف، لأنه يجوز أن يكون قد استوفى ما قامت به البينة أو ملكه العين التي قامت بها البينة و لو كان حاضراً. فادعى ذلك لوجب اليمين فإذا تعذر ذلك منه لغيبته يجب أن يقوم القاضي مقامه و لأن الحاكم مأمور بالاحتياط في حق الغائب، لأنه لا يعبر عن نفسه، و هذا من الاحتياط و الرواية الأولى هي ظاهر المذهب.

و إذا قدم الغائب فهو على حجته في جرح الشهود و ادعاء القضاء أو الإبراء. (١)

المطلب الثاني

في

ما يقبل فيه كتاب القاضي إلى القاضي

عامة الفقهاء على أن كتاب القاضي إلى القاضي يقبل في كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين لأنه يعرف بالقدر و الوصف و لا يحتاج إلى الإشارة، و العقار لأنه يعرف بالتحديد و النكاح من الزوجة أو الزوج، و الطلاق إن ادعته الزوجة، و النسب من

(١) شرح الزركشي ج ٧ ص ٢٨٧، الشرح الكبير مطبوع مع المغني ج ١١ ص ٤٥٧، ٤٥٨، المغني ج ١١

ص ٤١٢، ٤١٣، ٤٥٨، ٤٥٩.

قبل الحي أو الميت لأنه يعرف بذكر الأب و الجد و القبيلة، و الغصب لأنه يلزم بالقيمة و هي دين، و الأمانة و المضاربة و الشفعة و الوكالة و الوصية و الوفاة و الوراثة و القتل الذي يوجب المال، و كذا العين المنقول كالثوب و الحيوان و نحوهما. (١)
و اختلفوا في قبوله في الحدود و القصاص على ثلاثة أقوال:-

القول الأول- لا يقبل في الحدود و القصاص و سواء كان الحق خالصاً لله تعالى كالزنا و الشرب و القطع في السرقة أو مشتركاً كحد القذف. (٢)
ذهب إلى ذلك، الحنفية و الحنابلة في ظاهر كلام أحمد و هو المذهب و الشافعية في قول. (٣)

القول الثاني- يقبل في الحدود و القصاص، و سواء أكان الحد خالصاً أم مشتركاً.
ذهب إلى ذلك المالكية، و الشافعية في قول. (٤)

القول الثالث- لا يقبل في الحدود الخالصة، و يقبل في القصاص و حد القذف.
ذهب إلى ذلك: الشافعية في المشهور من المذهب و الحنابلة في رواية. (٥)

(١) ظاهر الرواية في المذهب الحنفي: لا يقبل فيما كان عينا منقولة للحاجة إلى الإشارة عند الدعوى و عند الشهادة، و في رواية يقبل في كل ما ينقل و عليه المتأخرون، و عمل الفقهاء اليوم على التجويز في الكل للحاجة و به يفتي، لأنه يمكن تعريفه بأوصافه و مقداره و غير ذلك، انظر مجمع الأنهر ج٢ ص١٢٩، الاختيار ج٢ ص٩١.

(٢) أما المال في دعوى السرقة فيقضى به و يقبل فيه الكتاب، كتاب أدب القضاء للبخاري ص٢٧٣:

(٣) مجمع الأنهر ج٢ ص١٢٩، الشرح الكبير مطبوع على المغني ج١١ ص٤٦٨، كتاب أدب القضاء للبخاري ص٢٧٣.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص١٦١، تبصرة الحكام ج١ ص٣٠، مغني المحتاج ج٤ ص٤١٥.

(٥) مغني المحتاج ج٤ ص٤١٥، الشرح الكبير ج١١ ص٤٦٨، ٤٦٩.

هذه هي أقوال لفقهاء فيما يقبل فيه كتاب القاضي إلى القاضي، وهي بذاتها أقوالهم فيما تقبل فيه الشهادة على الشهادة، وقد عرضنا أدلة هذه الأقوال وما ورد عليها من مناقشات فيما تقبل فيه الشهادة على الشهادة، فلا حاجة إلى إعادته ثانياً.

و قد رجحنا هناك ما ذهب إليه الحنفية و لحنابلة في ظاهر المذهب و هو أن الشهادة تقبل في سائر الحقوق التي لا تسقط بالشبهة، و لا تقبل فيما كان حداً أو قصاصاً، سواء كان الحد خالصاً لله تعالى أو مشتركاً بين الله تعالى و بين العبد.

و هذا الراجح هو نفسه الراجح هنا للاشتراك في المعنى، لأن كتاب القاضي إلى القاضي حكمه حكم الشهادة على الشهادة، لأنه شهادة على شهادة (١)، و لأن مبنى الحد و القصاص على الإسقاط، و في قبول كتاب القاضي إلى القاضي سعى في إثباتها، و لا حاجة إلى هذا الإثبات، لأن قبوله للضرورة فلا يتوسع في بابه.

المطلب الثالث

في

شروط قبول كتاب القاضي إلى القاضي

يشترط في صحة كتاب القاضي إلى القاضي شرطان:

الشرط الأول - الشهادة عليه:

لا خلاف بين الفقهاء على وجوب الشهادة على كتاب القاضي إلى القاضي و إنما الخلاف بينهم في جنس الشهود.

و على ما ذهب إليه الحنفية، فإن الشهادة على كتاب القاضي إلى القاضي تتم بشهادة رجلين أو رجل و امرأتين، و هو ما ذهب إليه المالكية فيما تجوز فيه شهادة النساء.

(١) الشرح الكبير ج ١١ ص ٤٦٩.

و على ما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة، فإن الشهادة لا تصح إلا برجلين، سواء كان الحق المطلوب تسجيل الشهادة عليه يثبت بشاهدين أو بشاهد و يمين صاحب الحق، أو بشاهد و امرأتين أو امرأة واحدة، و هو ما ذهب إليه المالكية فيما لا يثبت بشهادة النساء.

و الشهادة على كتاب القاضي إلى القاضي تقع في موضعين:-

الموضع الأول- أمام القاضي الكاتب:

يشترط في كتاب القاضي الذي حكم في الخصومة أو سمع البينة ما يأتي:

- ١- أن يقرأ على الشاهدين كتابه أو يأمر من يقرأه بين يديه و يشهدهما عليه بقوله: اشهدا على أن هذا كتابي إلى فلان، لأنه يحملهما الشهادة، فاعتبر فيه أن يقول اشهدا على كالشهادة على الشهادة، و لأن كتابه للإلزام و لا إلزام بدون بينة.

و في رواية عند الحنابلة: يكفي أن يقول: هذا كتابي إلى فلان من غير أن يقول

اشهدا على-(١)

- ٢- أن يختم كتابه بحضرة الشهود على ما ذهب إليه المالكية و أبو حنيفة، دفعاً لثمة التغير، و لأن العرف على عدم قبول غير المختوم من داخله.(٢)

أما على ما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة، فليس شرطاً أن يكون الكتاب مختوماً وإنما هو مستحب، فلو لم يختم جاز، لأن الشاهدين شهدا ما في الكتاب و عرفا ما فيه فوجب قبوله كما لو وصل مختوماً و شهدا بالختم.

(١) شرح الزركشي ج٧ ص٢٨١.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص١٦٠، مجمع الأفر ج٢ ص١٣٠.

٣- تسمية أسماء الشهود.

الشهود إما أن يكونوا الذين شهدوا بالحق أمامه أو الذين أشهدهم على كتابه و هم شهود الطريق.

فإن كانوا شهود الحق، فالقاضي مخير إن شاء ذكر أسماءهم و أنسابهم لأجل التمييز، و إن شاء اكتفى بذكر شهادتهم، و كتب ثبت عندي. بشهود عدول، إلا إذا لم تثبت عدالتهم عنده، فيكتب أسماءهم حتماً حتى يكشف المكتوب إليه عن أحوالهم.

و ذهب الحنابلة و الشافعية في قول إلى أن تسمية الشهود و المعدلين لهم شرط، لأن كتاب القاضي إلى القاضي هو نقل للشهادة، فوجب تسمية الشهود كما في الشهادة على الشهادة.

أما إذا كان الشهود هم الذين أشهدهم القاضي على كتابه و هم شهود الطريق، فيجب تسميتهم داخل الكتاب على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن ثبوت عدالتهم عند المكتوب إليه شرط، حتى لو عدلهم القاضي الكاتب لا تثبت عدالتهم. (١)

و ذهب القفال الشافعي من الشافعية و الحنابلة في قول، إلى أن القاضي الكاتب لو عدلها و أشهد على تعديله جاز، و على المكتوب إليه أن يعتمد ذلك و يعمل به. (٢)

(١) أدب القاضي للبغوي ص ٢٦٠، لمغني و الشرح ج ١١ ص ٤٧٠، ٤٧١.

(٢) انظر: تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٧، مجمع الأقمر ج ٢ ص ١٣٠، مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٠٩، ٤١٠، شرح الزركشي ج ٧ ص ٢٨٢، أدب القاضي للبغوي ص ٢٦١، هذا و تقيد القفال بالشافعي، احتراز عن القفال المرزري، أدب القاضي لابن أبي الدم ص ٤٧١.

و الراجع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن تعديل القاضي الكاتب فيه تزكية نفسه كما لو عدل المدعى شهوده، و لأنه تعديل قبل أداء الشهادة فلا يحسب. و قد وصف المحققون من فقهاء الشافعية قول القفال بأنه هفوة من هفواته.

٤- تسمية المحكوم عليه و المحكوم له بما يميزهما عن غيرهما، و ذكر الحق المحكوم به، أو الذي قامت البينة عليه، ثم يذكر القاضي الكاتب اسمه و اسم المكتوب إليه و تاريخ الكتاب، و يعنون الكتاب ثم يدفعه إلى الشاهدين ليسلمانه إلى القاضي المكتوب إليه. (١)

الموضع الثاني- أمام القاضي المكتوب إليه الكتاب:

إذا وصل الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه، أحضر الخصم، فإن أقر بالحق فلا حاجة إلى الشهود، و إن أنكر سمع شهادة الشهود على أن هذا كتاب فلان بن فلان القاضي إليك قرأه علينا و سلمه إلينا في مجلس حكمه، ثم يفتح الكتاب بعد ثبوت عدالة الشهود و يقرأه على الخصم و يلزمه بما فيه، لأنه ثبت عنده كما في الكتاب.

الشرط الثاني-

أن يكون سماع شهود صاحب الحق في مكان عمل القاضي و ولايته لأنه لا يسوغ له في غير ولايته حكم فهو فيه كالعامي، و أن يصل كتابه إلى المكتوب إليه في موضع ولايته، فإن وصله في غيره لم يكن له قبوله حتى يصير إلى موضع ولايته. (٢)

(١، ٢) المراجع السابقة. و انظر المغنى و الشرح جـ ١١ ص ٤٧٣، ٤٧٤، و حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٥٩.

هذا و متى توفرت شروط كتاب القاضي، فإنه لا يبطل بموت أحد الخصمين، بل
ينفذ على وارثه أو وصيه، لأنه قائم مقامه و سواء أكان تاريخ الكتاب قبل موت الخصم
أو بعده.

و هل موت القاضي الكاتب أو عزله أو تغير حاله، أو موت القاضي المكتوب إليه
أو عزله، يؤدي إلى بطلان الكتاب أم لا يؤدي.
أولاً: موت القاضي الكاتب أو عزله:

اختلف الفقهاء في بطلان الكتاب بموت القاضي الكاتب أو عزله على قولين:
القول الأول— أن موت القاضي الكاتب أو عزله لا أثر له على صحة العمل بكتابه عند
المكتوب إليه سواء أكان الموت أو العزل قد حدث قبل وصول الكتاب أو بعده و قبل
العمل به أم يعد العمل به.

ذهب إلى ذلك: المالكية و الشافعية و الحنابلة و أبو يوسف من الحنفية. (١)
القول الثاني— أن موت القاضي أو عزله يبطل كتابه و لا يعمل به المكتوب إليه، إذا كان
الموت أو العزل قد حدث قبل وصول الكتاب أو بعد وصوله و قبل قراءته على
الشهود، أما بعد قراءته على الشهود أو العمل به فلا يبطل.
ذهب إلى ذلك: الحنفية في ظاهر الرواية.

استدل جمهور الفقهاء على عدم البطلان بالموت أو العزل، بأن المعول في الكتاب
على الشاهدين الذين يشهدان على القاضي، و هما حيان فيجب أن يقبل كتابه لو لم يموت
و لأن كتابه إن كان فيما حكم به فحكمه لا يبطل بموته أو عزله و إن كان فيما ثبت
عنده بشهادة، فهو أصل و اللذان شهدا عليه فرع، و لا تبطل شهادة الفرع بموت شاهد
(١) المغنى و الشرح جـ ١١ صـ ٤٧٢، ٤٧٣، أدب القاضي للبغوى صـ ٢٦٥، مغنى المحتاج جـ ٤ صـ ٤١٠،

٤١١، بصره الأحكام جـ ١ صـ ٢٩، ٣١، مجمع الأفر جـ ٢ صـ ١٣١.

الأصل.

و استدل الحنفية، بأن القاضي الكاتب انتفت ولايته الشرعية قبل العمل بالكتاب، فلا يقبل كتابه كما لا يقبل خطابه، لأنه صار واحداً من الرعايا. (١)
و الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن الكتاب كتب و للقاضي ولاية تامة، و قد توثق بالشهادة عليه فأصبح حجة ملزمة للمكتوب إليه.

و ما ذهب إليه الحنفية في ظاهر الرواية يرده، أن القاضي الكاتب و قد أشهد على نفسه قبل الموت أو العزل، صار بمنزلة الشاهد الأصل، و الأصل لا يطل بموته و لا يمنع من الشهادة عليه، و هنا الشاهدان على قيد الحياة و هما بمثابة الفرع. فتقبل شهادتهما عند المكتوب إليه و لا أثر لموت القاضي الكاتب أو عزله.

طروء الفسق أو الجنون على القاضي الكاتب و أثره على قبول كتابه:

إذا تغير حال القاضي بفسق أو جنون أو غيرهما قبل الحكم بكتابه، فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لم يجز قبوله أو الحكم به سواء كان في حكم مبرم أو كان في سماع شهادة، لأن حكمه بعد فسقه لا يصح، فكذلك لا يجوز الحكم بكتابه. و لأن بقاء عدالة شاهدي الأصل شرط في صحة الحكم بشاهدي الفرع، فكذلك بقاء عدالة القاضي لأنه بمنزلة شاهدي الأصل، أما إذا فسق بعد الحكم بكتابه، فلا أثر لهذا الفسق على الحكم بكتابه، كما لو حكم بشيء ثم بان فسقه، فإنه لا ينقض ما مضى من أحكامه كذا هذا.

و ذهب الشافعية في قول إلى التفرقة بين ما كان في حكم مبرم و ما كان في سماع شهادة. فإن كان في حكم مبرم، قبله المكتوب إليه و عمل به، لأن الفسق الحادث لا يؤثر في الحكم السابق. و إن كان بسماع الشهادة لم يقبله و لم يحكم به، كما لو فسق

(١) مجمع الأثر ج ٢ ص ١٣١.

الشاهد قبل الحكم. (١)

و الراجع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لإنشاء ولايته حين القضاء، و لأنه لا فرق بين الحكم المبرم و بين سماعه الشهادة لأنه في كليهما هو بمنزلة شاهد الأصل، و بقاء عدالته شرط في صحة الحكم، كما هو الحال في الشاهد الأصل.

ثانياً- موت القاضي المكتوب إليه أو عزله:

إذا تغير حال المكتوب إليه بأي حال كان من موت أو عزل أو فسق، فلا خلاف بين الفقهاء في أن الكتاب لا يبطل، و يجب قبوله و العمل به لمن وصل إليه ممن قام مقامه إذا كان القاضي الأول عمم كتابه، بأن كتب بعد اسم المكتوب إليه و إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، لاعتماده الكل، و لأن الغير صار داخلاً في الخطاب تبعاً للمعين.

أما إذا كان الكتاب معنوناً باسم المكتوب إليه فقط، فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء يبقى العمل به و الحكم بما جاء فيه لمن يلي القضاء، لأن المراد في هذا كله السلطان الذي إذا زال من واحد كان في آخر. (٢)

و ذهب الحنفية في ظاهر المذهب إلى أن الكتاب يبطل، لأن القاضي اعتمد قاضياً معيناً، فإذا مات أو عزل بطل الكتاب. (١)

و الراجع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن المعول على شهادة الشاهدين بحكم الأول أو ثبوت الشهادة عنده، و قد شهدا عند الثاني، فصار الشاهدان فرعاً عنه و قد أديا الشهادة عند المتجدد و الله أعلم.

(١) المغنى و الشرح جـ ١١ ص ٤٣٧، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ١٣١، أدب القاضي للبغوي ص ٢٦٦، بصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٩، ٣١.

(٢) المغنى و الشرح جـ ١١ ص ٤٣٧، أدب القاضي للبغوي ص ٢٦٦، بصرة الحكام جـ ٢ ص ٣١.

(٣) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ١٣١، معين الحكام ص ١٢٠.

المبحث العاشر

في

الرجوع عن الشهادة و فيه مطالب

المطلب الأول

في

الرجوع عن الشهادة الأصلية

الرجوع عن الشهادة معناه: رفع الشاهد ما أثبتته بشهادته.

و يتحقق بقول الشاهد رجعت عن شهادتي، أو رجعت عما شهدت به، أو شهدت بزور، أو كذبت في شهادتي، أو كنت مبطلاً فيها و ما أشبه ذلك من كل لفظ يدل على رفعها.

و يشترط للرجوع في الشهادة:

أن يكون في مجلس القاضي، فلا يصح الرجوع في غير مجلسه، لأن الرجوع فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس القضاء.
و الرجوع عن الشهادة الكاذبة مشروع و مرغوب فيه ديانة. لأن فيه خلاصاً من العقاب الأخروي. لأن من شهد بزور فقد ارتكب كبيرة و وجب عليه تدارك ما أتلفه بشهادته و التوبة منه، و ذلك لا يكون صحيحاً إلا عند الحاكم، و لا يمنعه عن الرجوع الاستحياء من المخلوق، لأنه لا يغني عنه شيئاً.
فائدة اشتراط مجلس القاضي لصحة الرجوع:

أن المشهود عليه لو ادعى رجوع الشاهدين و برهن عل ذلك، لم تقبل بيته و لا يدتحلفان لو طلب يمينهما، لفساد دعواه، لأن مجلس القاضي شرط للرجوع، فكان مدعياً رجوعاً باطلاً، و البينة أو اليمين إنما بعد الدعوى الصحيحة.

و هذا بخلاف ما لو ادعى المشهود عليه أن الشاهدين قد أقرأ بالرجوع عند قاض آخر و ضمنهما المال. و هو غير القاضي الذي كان قد حكم بالحق و أقام بينة على ذلك، فإنها تقبل بينته و يحلفان إن أنكرا، لأن السبب صحيح، و هو وقوع الرجوع عند قاض، فيجعل كأنه إنشاء للرجوع في الحال، و الحال أنهما عند القاضي و ذلك رجوع معتبر.

أما لو ادعى المشهود عليه رجوعهما عند قاض و لم يدع القضاء بالرجوع و الضمان، فلا تسمع منه البينة، لأن الرجوع لا يصح و لا يصير موجباً للضمان إلا باتصال القضاء به، كما لا يحلفان عند عجزه عن إقامة البينة. (١)

وذهب المالكية إلى أن المشهود عليه لو ادعى رجوع شهود المدعى و طلب من القاضي تمكينه من إقامة البينة على ذلك، أنه يمكن من إقامة بينته على الشاهدين أنهما رجعا، فيغرمان له ما غرمه بشهادتهما، كما يغرمان إذا أقرأ بالرجوع، و يستوى في سماع بينته أن يأتي ببطخ، أي بأمر يفيد الظن برجوعهم أم لا، كما يمكن من تحليف الشاهدين الذين ادعى عليهما بالرجوع و أنكرا، فإن حلفا برئاً من الغرامة و إن كلا حلف المشهود عليه أنهما رجعا و أغرمها ما غرمه، و محل توجيه اليمين على الشاهدين أن يأتي ببطخ أي بشبهة و قرينة تفيد الظن برجوعهما كإقامته على رجوعهما شاهداً غير عدل و امرأتين فيما ليس بمال و لا آيل إليه كالطلاق، أو كان يشاع بين الناس أن فلاناً و فلاناً رجعا عن شهادتهما على فلان. (٢)

أثر الرجوع عن الشهادة:

يختلف أثر الرجوع عن الشهادة باختلاف وقت الرجوع عنها، و هو إما أن يكون

(١) تكملة رد المختار ج٧ ص٤٤١، ٤٢، مجمع الأملر ج٢ ص١٦٩.

(٢) دحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص٢٠٩.

قبل الحكم بها، أو بعد الحكم بها و قبل الاستيفاء، أو بعد الحكم بها و بعد الاستيفاء
و لكل حكم.

أولاً- أثر الرجوع عن الشهادة قبل صدور الحكم:

عامة العلماء و الفقهاء على أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم قبل الحكم بها،
أنها تسقط و لا يجوز الحكم بها لتعارض الخبرين بلا مرجح، لاحتمال أن يكونوا صادقين
في الشهادة كاذبين في الرجوع، أو صادقين في الرجوع كاذبين في الشهادة، و ذلك
يزيل ظن القاضي في أن ما شهدا به كان حقاً فلا يجوز له الحكم بشهادتهما.(١)

و ذهب أبو ثور: إلى أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم قبل الحكم بها لا تسقط
بل على القاضي أن يحكم بشهادتهم و لا يعول على رجوعهم، لأن القاضي
سمع شهادتهما و هما أهل للشهادة، فلا تسقط برجوعهما.

و الراجح ما ذهب إليه عامة العلماء و الفقهاء، لأن الشهادة شرط الحكم، فإذا
زالت قبله لم يجوز كما لو فسقا.

و لأن رجوعهما يظهر به كذبهما لا محالة، إما في الشهادة أو الرجوع و لا يجوز الحكم
بشهادة الكذاب و لا ضمان عليهم لأنهم كما يقول الحنفية لم يتلفوا شيئاً على أحد
و على القاضي أن يعزرهم.(٢)

لكن إذا كان رجوعهم في شهادتهم عن الزنا، فإنهم يحدون حد القذف و إن قالوا:
غلطنا لما في القذف من التعبير و التلطيخ و كان حقهم الثبت قبل الإدلاء بشهادتهم،
و كما لو رجعوا عن الشهادة بعد الحكم.(٣)

(١) بصرة الحكام ج١ ص ٢٥٧، المغنى و الشرح ج١٢ ص ١٣٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
ج٤ ص ٢٠٦.

(٢) بصرة الحكام ج١ ص ٢٥٧، المغنى و الشرح ج١٢ ص ١٣٧، حاشية الدسوقي ج٤ ص ٢٠٦.

(٣) تكملة رد المحتار ج٧ ص ٢٤٢.

ثانياً- الرجوع عن الشهادة بعد الحكم بها و قبل الاستيفاء:

الشهادة المرجوع عنها بعد الحكم بها و قبل الاستيفاء، إما أن تكون في حد أو قصاص أو مال.

إن كانت في حد أو قصاص، فلا خلاف في أن الشهادة تسقط بالرجوع، و لا يستوفى الحكم بالحد أو القصاص، لأن الحدود تدرأ بالشهادة و رجوعهما من أعظم الشبهات. و لأن المحكوم به عقوبة و لم يتعين استحقاقها، و لا سبيل إلى جبرها، فلم يجوز استيفاءها كما لو رجعا قبل الحكم.

أما إذا كان المحكوم به مالا، فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لا تسقط الشهادة بالرجوع و لا ينقض الحكم و يستوفى المحكوم له المال و يلزم الشاهدان بعوضه. لأن آخر كلام الشهود يناقض أوله، فلا ينقض الحكم بالتناقض، لأن القضاء بعد وقوعه صحيحاً لا ينقض، و لأن رجوع الشهود في الدلالة على الصدق مثل أدائهم للشهادة، و قد ترجح الأداء باتصال القضاء به، و الشك لا يزيل ما حكم به، كما لو تغير اجتهداه (١).

و الفرق بين المال و العقوبة، أن المال يمكن جبره بإيجاب مثله على الشاهدين، أما العقوبة حداً أو قصاصاً فلا يمكن جبرها بإيجاب مثلها على الشاهدين، لأن ذلك ليس بجبر و لا يحصل لمن وجب له منه عوض، و إنما شرع للزجر و التشفى و الانتقام للجبر.

و ذهب سعيد بن المسيب و الأوزاعي، إلى أن الرجوع عن الشهادة بعد الحكم بها يسقطها و ينقض الحكم.

(١) المغنى و الشرح جـ ١٢ ص ١٣٧، ١٣٨، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٥٦، تبصرة الحكام جـ ١ ص ٢٥٧، تكملة رد المحتار جـ ٧ ص ٢٤٢.

لأن الحق ثبت بشهادتهما، فإذا رجعا زال ما ثبت به فينقض الحكم، كما لو تبين
أفهما كافرين. (٢١).

و أجيب على ذلك.

بأن القضاء قد تم بشهادتهما و حق المشهود له قد وجب له، و ليس المال مما سقط
بالشبهة حتى يتأثر بالرجوع.

و قياس رجوع الشهود على شهادة الكافرين قياس مع الفارق، لأن في الكافرين قد
تبين عدم وجود شرط الحكم و هو العدالة فنقض الحكم، و في رجوع الشهود لم يتبين
لجواز أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما و إنما كذبا في رجوعهما. (٢).

ثالثاً - رجوع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم و بعد الاستيفاء:

لا خلاف بين الفقهاء على أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد الحكم بها و استيفاء
المحكوم به، أن الحكم صحيح و غير قابل للنقض و لا يجب على المشهود له رد ما أخذ
لأنه يجوز أن يكون الشهود صادقين في رجوعهم و يجوز أن يكونوا كاذبين، و قد اقترن
بأحد الجانبين الحكم و الاستيفاء، فلا ينض الحكم برجوع محتمل.

و لا يلزم المشهود له شيء، سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة، لأن الحكم قد تم
باستيفاء المحكوم به و وصول الحق إلى مستحقه. (٣).

أثر الرجوع على الضمان:

المستوفى بالحكم إما أن يكون إتلافاً في مثله القصاص، كالقتل و الجرح أو إتلافاً
للنفس أو العضو كما في الزنا الموجب للرجم و السرقة الموجبة للقطع، و إما أن يكون

(١) المغنى و الشرح ج٢ ص ١٣٨.

(٢) المغنى و الشرح ج٢ ص ١٣٧، ١٣٨، مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٥٧.

(٣) المغنى و الشرح ج٢ ص ١٣٨.

المستوفى جلدأ أو مالأ.

فإن كان المشهود به إتلافاً في مثله القصاص أو الرجم أو القطع، فلا يخلو من أن يكشف الشاهدان عن سبب رجوعهما أو يسكتا أو ذكرا أن سببه هو الخطأ أو أنهما تعمدتا الشهادة عليه لكنهما لا يعلمان أنه يقتل بهذه الشهادة و كانا ممن يجوز أن يجهلا ذلك، فلا خلاف أن على الشاهدين دية المقتول في ما لهما، لأن العاقلة لا تحمل الاعتراف.

أما إذا قالوا:

تعمدنا الشهادة عليه بالزور ليقول أو يقطع، فعليهما القصاص أو القطع على ما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة و المالكية في قول.

و استدلووا عليه، بما روى عن علي رضي الله عنه: أن شاهدين شهدا عنده على رجل بالسرقة فقطعه، ثم عادا فقالا: أخطأنا ليس هذا هو السارق، فقال علي رضي الله عنه: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتهما و لا يخالف له في الصحابة فيكون إجماعاً. (١) و لأن الشاهدين تسبا إلى قتله أو قطعه بما يفضى إليه غالباً فلزمهما القصاص. و ذهب الحنفية و المالكية في قول إلى أنه لا قصاص عليهما، لأن القتل أو القطع لم يوجد منهما لا مباشرة، لأن المباشر في القصاص هو اختيار ولي الدم، و في الرجم أو القطع هو القاضي، و لا تسببا، لأن السبب ما يفضى إليه غالباً، و لا تفضى الشهادة في القصاص إلى القتل غالباً، لأن العفو مندوب إليه، و تجب الدية في مال الشاهدين، لأن الشهادة بمنزلة الإقرار، و العاقلة لا تعقل الإتلاف بالإقرار، و يجب المال في

(١) النظر هامش فتح الباري جـ ١٢ صـ ١٨٣، و أخرجه البيهقي في الستين الكبرى، المغنى جـ ١٢ صـ ١٣٩،

تكملة المجموع جـ ١٨ صـ ٥٢٠ و النظر تخريجه أيضاً في هامش شرح الزركشي جـ ٧ صـ ٣٨٢، بصرة

الحكام جـ ١ صـ ٢٥٧، المهذب جـ ٢ صـ ٣٤٠.

السرقه و على الشهود حد القذف إن كانت الشهادة بزنا، لأن الرمي بالنزنا يوجب الحد، أما إذا كانت الشهادة على حد أو قذف فإنهم يعزروا بحسب ما يرى الحاكم مع تضمينهم أرش الضرب للمشهود عليه، تعويضاً مالياً. (١)

و الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، و هو وجوب القصاص من الشاهدين المقرين بأن شهادتهما كانت كذباً بقصد قتله أو قطعه، لأنهما تسبياً إلى قتله أو قطعه بما يفضى إليه غالباً، و ليكون عقاباً من جنس ما تسبياً رداً لقصدهما السيئ عليهما. و قول الحنفية:

الشهادة لا تفضى إلى القتل غالباً لجواز العفو المندوب إليه، فهو و إن كان مسلماً لقوله تعالى: "و إن تعفوا أقرب للتقوى، إلا أنه معارض بطبع ولى المقتول، لأن طبعه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهراً. ٢-المال:-

إذا كان المستوفى بالحكم مالاً، فعامة العلماء و الفقهاء على أن الشاهدين يضمنان للمشهود عليه بدله و لا يرجعان به على المحكوم له، لأنهما أخرجاه ماله من يده بغير حق و قد تعذر استيفاؤه من المدعى لتنفيذ الحكم، فاعتبر السبب. و في قول مرجوح للشافعية، لا يضمن الشاهدان و لا يرجع المشهود عليه عليهما بشيء، لأن الضمان باليد أو الإلتلاف و لم يوجد واحد منهما فلا يضمنان. و أجيب عن هذا القول:

بأن الشاهدين تسبياً في وجوب المال على المشهود عليه للمشهود له بغير حق، و قد تعذر استيفاء المال من المشهود له لأنه أخذه بحق ظاهر و حكم نافذ، و خبر الرجوع ليس أولى من الأول لينقض به الحكم، و إذا لم ينقض لا يمكن إجبار المشهود له على (١) تكملة رد المحتار جـ ٧ ص ٢٦٠، ٢٦١، بصره الحكام جـ ١ ص ٢٥٧.

إعطاء ما أخذ بذلك الحكم النافذ، و إذا تعذر الإيجاب على المباشر، تعيين على المتعدى بالتسبب و هما الشاهدان(١)

رجوع بعض شهود المال:

إذا رجع بعض شهود المال و بقي البعض على شهادته، فعلى ما ذهب إليه الحنفية و المالكية و الشافعية في الصحيح، أن العبرة في الضمان ببقاء من بقي دون رجوع من رجع، لأن الشهادة إنما تثبت المال، و الرجوع إنما يوجب الضمان لأنه إتلاف، فإذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل بإثبات المال ثانياً، لم يتحقق بالرجوع إتلاف شيء و لا ضمان مع عدم الإتلاف.(٢)

قلو كان شهود المال ثلاثة فيما يثبت بشاهدين، ثم رجع أحدهم، فلا ضمان عليه لبقاء من يبقى به كل الحق و هو نصاب الشهادة.

و إذا رجع معه آخر، أعني رجع اثنان من الثلاثة، ضمن الراجعان النصف معاً، لأنه لما رجع الأول لم يظهر أثره، فلما رجع آخر ظهر أثره، لأنه لم يبق إلا من يقوم به النصف فقط.

أما إذا نقص النصاب بعد رجوع بعضهم، كما لو شهد على المال شاهدان فقط، ثم رجع أحدهما فعلى الراجع النصف، لأن بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة، فبقاء

(١) انظر: مغني المحتاج ج٤ ص٤٥٩، نهاية المحتاج ج٨ ص٣١٣، تكملة رد المختار ج٧ ص٢٤٣، الفتح على الهداية ج٦ ص٨٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص٢٠٦، ٢٠٧.

(٢) فإن قيل: ينبغي على هذا القول، إذا رجع واحد من الاثنين فيما يثبت بشاهدين، ألا يبقى شيء من المال لأن الواحد لا يثبت بشهادته أصلاً، فيقتضي أن يضمن الراجع كل المال.

يقال: إن عدم ثبوت شيء بشهادة واحد، إنما هو في حالة الابتداء، و لا يلزم في حال البقاء ما يلزم في الابتداء، و حينئذ فيعد ما ثبت ابتداء شيء بشهادة اثنين نسب إلى كل منهما في حالة البقاء ثبوت حصة منه بشهادته، فتبقى هذه الحصة ما بقي على شهادته و يكون متلفاً لما برجوعه، تكملة رد المختار ج٧ ص٢٤٨.

أحدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف، فيجب على الراجح ضمان ما لم تبق فيه الحجة و هو النصف. (١)

و تطبيقاً على ذلك:

لو رجعت امرأة من رجل و امرأتين، ضمنن الربع لبقاء ثلاثة أرباع الحق.
و لو رجع رجل من رجل و امرأتين ضمن النصف لبقاء نصف الحق.
و إن رجعت امرأة من رجل و ثلاث نساء، لم تضمن شيئاً، لبقاء من يبقى به كل الحق.

و لو رجع ثمان نسوة من رجل و عشرة نسوة، لم يضمن شيئاً لبقاء النصاب كاملاً،
فإن رجعت أخرى ضمن التسعة الربع بالتساوي بينهم، لبقاء ثلاثة أرباع الحق ببقاء رجل و امرأة.

و ذهب الحنابلة و الشافعية في قول:

إلى أن العبرة بعدد الشهود، فإذا رجع بعضهم ضمن حصته من المشهود به قل الشهود أو كثروا، فلو كان شهود المال ثلاثة فيما يثبت بشاهدين ثم رجع أحدهم ضمن الثلث، و إن رجع اثنان ضمناً الثلثين، لأن البينة إذا نقص عددها زال حكمها و صار الضمان متعلقاً بالإتلاف و قد استورا فيه. (٢)

و الراجح ما ذهب إليه الحنابلة و الشافعية في قول لقوة دليله، و لأن الحكم وقع بشهادة الجميع و كل منهم فوت حصة فيغرم ما فوت.

(١) تكملة رد اغتار جـ ٧ ص ٢٤٨، ٢٤٩، معنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٥٩، حاشية الدررقي جـ ٤ ص ٢٠٩، ٢١٧، ٢١٨.

(٢) المعنى و الشرح جـ ١٢ ص ١٤٢، ١٤٥، معنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٥٩.

و تطبيقاً على ذلك:

إذا رجعت امرأة من رجل و امرأتين ضمننت الربع.

و إذا رجعت امرأة من رجلين و امرأتين ضمننت السدس.

و إن رجعت امرأة من رجل و ثلاث نساء، ضمننت الخمس.

و إن رجع رجلان من ثلاثة، ضمنا الثلاثان.

و هكذا في كل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع، وجب أن يوزع بينهم على عددهم قلوا أو كثروا.

قال الإمام أحمد في رواية اسحق بن منصور: إذا شهد بشهادة ثم رجع و قد أتلّف مالا فإنه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة فإن كانوا اثنين فعليه النصف و إن كانوا ثلاثة فعليه الثلث و على هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر و سواء رجع وحده أو رجعوا جميعاً و سواء رجع الزائد عن القدر الكافي في الشهادة أو من ليس بزائد. (١)

رجوع بعض الشهود في الحدود

رجوع بعض الشهود في الحدود إما أن يكون قبل القضاء، و إما أن يكون بعد القضاء و قبل التنفيذ، و إما أن يكون بعد القضاء و التنفيذ.

أولاً— إن كان رجوع البعض قبل القضاء، لم يحكم بالشهادة و يعذر الراجع إن اعترف بتعمده الكذب في غير الزنا.

أما في الزنا، كما لو شهد أربعة به ثم رجع واحد منهم فعلى ما ذهب إليه الحنفية و المالكية و الحنابلة في المشهور و الشافعية في قول، يحد الجميع دون تفرقة بين الشاهد الراجع و غيره من باقي الشهود، لأن كلامهم لا يصير شهادة إلا باقترانه بالقضاء، و قبله يكون قذفاً لا شهادة، فكان ينبغي أن يقام الحد عليهم في الحال لوجود الرمي

(١) المغنى و الشرح جـ ١٢ ص ١٤٤.

منهم، إلا أنه لا يقام لاحتمال أن يصير شهادة بافترانه بالقضاء، فإذا رجع أحدهم زال هذا المعنى فيبقى كلامهم قذفاً فيحدون/

و ذهب الحنابلة في رواية، إلى أنه يحذ الثلاثة دون الراجع، لأنه إذا رجع قبل تنفيذ الحد، فهو تائب إن كان متعمداً الكذب في شهادته، أو هو مخطئ أدرك خطأه، و في الحالتين لم يترتب على شهادته ضرر بالمشهود عليه، فلا وجه لعقوبته، و لأن إيجاب الحد على الراجع يفضي إلى منعه من الرجوع خوفاً من الحد، و من ثم تضييع مصلحة المشهود عليه في سقوط الحد عنه.

و ذهب الشافعية في قول، إلى أنه يحذ الراجع دون الثلاثة، لإقراره بالكذب على نفسه، و لا يحذ الثلاثة الباقيين، لأن كلامهم وقع شهادة لا قذفاً لكمال النصاب بالشهادة. ثانياً— إذا كان رجوع بعض الشهود بعد القضاء و قبل التنفيذ، فإن الحكم على المشهود عليه ينقض، لأن الحدود تدرأ بالشبهات، و رجوع أحد الشهود شبهة قوية، فلا يثبت معها الحد، و على الراجع التعزير بحسب ما يرى القاضي، و يضمن المال المسروق إذا كانت الشهادة بسرقه، لأنه برجوعه فوته على صاحبه.

أما إذا كانت الشهادة بزنا و رجع أحد الشهود، فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء يحذ الشهود جميعاً، كما لو رجعوا قبل الحكم.

و ذهب الشافعية في قول و المالكية في قول و محمد من الحنفية، إلى أنه يحذ الراجع فقط و لا يحذ غيره، لأن كلام الشهود صار شهادة لاتصال القضاء به، و لا يتقلب قذفاً إلا بالنسبة للراجع، أما من لم يرجع فهو ثابت على شهادته فلا يحذ.

ثالثاً— إذا كان الرجوع بعد التنفيذ، و كان المشهود به مما لا يمكن تداركه كالجلد و القطع و الرجم، فإن الشاهد الراجع يتحمل تبعه رجوعه، فإن كان الحد جلدًا في غير الزنا، كالقذف و الشرب، فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، يضمن ما حصل من

أثر الضربات ضماناً مالياً، سواء كان رجوعه بسبب الخطأ أو التعمد، إلا أنه في حالة التعمد، يعزر الراجع لكذبه فضلاً عن تعويضه للمشهود عليه، وإن كانت الشهادة بزناً و ترتب عليها الجلد، فإن الشاهد الراجع يحذف حد القذف. لأن رجوعه صحيح في حقه خاصة لا في حق غيره من الباقين، فتقلب شهادته قذفاً فيحد حداً للقذف.

و أما إذا كانت الشهادة بسرقة و كان الشاهد مخطئاً، فعليه دية يد المشهود عليه، لأنها إنما قطعت بشهادته، و إن كان متعمداً فعليه القصاص على قول من يرى القصاص من المتسبب، و الدية على قول من قال لا قصاص إلا على المباشر على ما سبق. و إن كان الحد رجماً يحذف الراجع حد القذف على ما ذهب إليه الحنفية و يضمن ربع الدية، لأن الثلاثة الباقين يحفظون ثلاثة أرباع الدية.

و ذهب الشافعية و الحنابلة، إلى أنه يقتصر من الراجع إن كان متعمداً، أما إن كان مخطئاً فعليه قسط دية ما أتلف بشهادته من نفس أو عضو.

هذا و إذا كان الشهود أكثر من أربعة و رجع بعضهم بحيث لم يبق من يثبت بشهادته الحد، كما لو كانوا خمسة و رجع اثنان في حد الزنا، فعلى ما ذهب إليه الحنفية يحذف كل واحد منهما حد القذف و يغرمان ربع الدية، أما الثلاثة الذين لم يرجعوا فيحفظون بشهادتهم ثلاثة أرباع الحق المشهود به.

و ذهب الشافعية و الحنابلة في رواية، إلى أنه إذا اعترف الشاهدان بأنهما شهدا زوراً، وجب عليهما القصاص، لأنهما تسببا في الإتيان بما يقضي إليه غالباً، و إن ادعيا الخطأ، فإنه يجب عليهما قسطهما من الدية. (١)

(١) انظر ما تقدم: المهذب للشرازي ج٢ ص ٣٤٠، ٣٤١، المغني ج٩ ص ٢٥١ و ما بعدها، مجمع الأثر ج٢ ص ٥٩٩، ٦٠٠، الفتح على الهداية ج٤ ص ١٧٢، ١٧٣، مغني المحتاج ج٤ ص ٤٥٦، =

المطلب الثاني

في

رجوع الشهود في الشهادة على الشهادة

رجوع الشهود عن شهادتهم في الشهادة على الشهادة يتحقق برجوع شهود الفرع وحدهم، و برجوع شهود الأصل وحدهم، و برجوع الاثنين معاً الأصول و الفروع، و لكل حكم.

أولاً- رجوع شهود الفرع:

إذا رجع شاهد الفرع عن شهادتهما بعد القضاء بها فلا خلاف في ضمائمهما، لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهما و عليها بنى الحكم، فكان التالف مضافاً إليهما فيضمنان ما أتلفاه مناصفة بينهما. (١)

ثانياً- رجوع شهود الأصل:

إذا رجع شاهدا الأصل وحدهما و بقي شاهداً الفرع على شهادتهما، فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، يلزمهما الضمان، لأن الفروع نقلوا شهادة الأصول، فصار كأنهم حضروا و شهدوا ثم رجعوا.

و ذهب أبو حنيفة و أبو يوسف و الحنابلة في رواية، إلى أنه لا ضمان على الأصول و لا على الفروع و لا يبطل القضاء برجوع الأصول، لأنه خبر يحتمل الصدق و الكذب فصار كرجوع الشاهد بعد القضاء لا ينقض به الشهادة، و لا ضمان على الأصول، لأنهم لم يتلفوا شيئاً، و لا يضمن الفروع لعدم رجوعهم عن الشهادة. (٢)

= شرح الحرشي ج٥ ص ٢٢٠، بدائع الصنائع ج٦ ص ٢٨٩.

(١) تكملة رد المحتار ج٧ ص ٢٦١، مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧٢، المغني و الشرح ج١٢ ص ١٤٧.

(٢) مغني المحتاج ج٤ ص ٤٦٠، المغني و الشرح ج١٢ ص ١٤٧، ١٤٨.

و الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لقوة دليله، و لأن الحق ثبت بشهادة شاهدي الأصل بدليل اعتبار عدالتهما، فإذا رجعا ضمناً كما لو رجع شاهدا الفرع.

ثالثاً - رجوع الأصول و الفروع:

إذا رجع الأصول و الفروع، فعلى ما ذهب إليه أبو حنيفة و أبو يوسف و الشافعية، يكون الضمان على الفروع فقط، لأن سبب الإتلاف الشهادة القائمة في مجلس القضاء و قد وجدت من الفروع فقط.

و ذهب محمد بن الحسن، إلى أن المشهود عليه مخير بين تضمين الفروع و تضمين الأصول، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث أن القاضي عاين شهادتهما، و وقع بشهادة الأصول من حيث أن الفروع نائبون عنهم نقلوا شهادتهم بأمرهم و أي ضمن لا يرجع على الآخر.

و الراجح ما ذهب إليه أبو حنيفة و الشافعية، لأن الفروع ينكرون إسهاد الأصول و يقولون كذبنا فيما قلنا و الحكم وقع بشهادتهم.

المبحث الحادي عشر
في
تزكية الشهود فيه مطالب
المطلب الأول

في
الطريقة التي يتعرف بها القاضي على عدالة الشهود

سبق القول: أن مما يشترط في الشاهد أن يكون عدلاً، وقلنا إن شرط العدالة أن يكون الشاهد مجتنباً لكل الكبائر ومجتنباً الإصرار على صغيرة أو صغائر، مجتنباً كذلك ما يخل بمروءة أمثاله ممن يراعي آداب الشرع ومحاسنه.

و لا خلاف بين الفقهاء على أن القاضي يعمل في تزكية الشهود و جرحهم بعلمه، و لا يقف في حكمه على تزكية الشهود من غيره، لأن التهمة لا تلحقه، لأن صفات الشهود معنى ظاهر و للخصم أن يطعن على تعديله.

و لأنه لو لم يكتف بعلمه لتسلسل، لأن المزكي يحتاج إلى تعديل القاضي، فإذا لم يعمل القاضي بعلمه، احتاج كل واحد من الزكيين إلى من يزكيه ثم كل واحد ممن يزكيهما إلى مزكيين إلى ما لا نهاية. (١)

فإذا شهد عند القاضي شاهد و علم عدالته قبل شهادته عمل بها، و إن علم فسقه رد شهادته لعدم شرط الحكم، إلا إذا شهد بحد أو قصاص أو طعن الخصم على عدالته، فحينئذ يجب على القاضي السؤال عنه و التحري عن عدالته و لا يعمل بعلمه بلا خلاف بين الفقهاء.

(١) المغني و الشرح ج٢ ص ١٤٧، مغني المحتاج ج٤ ص ٤٥٦، تكملة رد المختار ج٧ ص ٢٦٢.

لأن الحدود تندرىء بالشبهات، فكان السؤال عن الشهود احتيالاً للدرىء، إذ ربما يعجز عن التزكية فيندىء الحد وهو مطلوب.

و لأن الخصم إذا طعن في عدالة الشاهد، فإنه يكون قد تقابل ظهران، ظاهر عدالة الشاهد و ظاهر عدالة الخصم، فيسأل القاضي طلباً للترجيح.

أما إذا جهل القاضي عدالة الشهود أو لم يطعن الخصم فيهم و لم تكن الشهادة متعلقة بحد أو قصاص، فقد اختلف الفقهاء في وجوب السؤال عنهم أو الاكتفاء بظاهر عدالتهم باعتبارهم من المسلمين على قولين:

القول الأول - لا يجب على القاضي السؤال عن عدالتهم اكتفاء بظاهر العدالة، و إن سأل جاز.

ذهب إلى ذلك: أبو حنيفة و الحنابلة في رواية. (١)

القول الثاني - يجب على القاضي السؤال عن عدالتهم، لأن المعتبر في الشهادة العدالة ظاهراً و باطناً، وسبيل ذلك تزكيته.

ذهب إلى ذلك: المالكية و الشافعية و الحنابلة و أبو يوسف و محمد من الحنفية. (٢)
استدل القائلون بالاكتفاء بالعدالة الظاهرة بالسنة و المأثور و المعقول.

أولاً - السنة:

١ - قوله صلى الله عليه وسلم: "المسلون عدول على بعض إلا محدوداً في

قذف". (٣)

(١) الفتح على الهداية ج٦ ص١٢، البحر الرائق ج٧ ص٦٥، شرح الزركشي ج٧ ص٢٦٢، المغني

و الشرح ج١١ ص٤١٥. و المقصود بالعدالة الظاهرة، الإسلام، فمن كان مسلماً كان عدلاً.

(٢) تكملة المجموع ج١٨ ص٣٧٠، مغني المحتاج ج٤ ص٤٠٣، الفتح على الهداية ج٦ ص١٢، كفاية

الطالب الرباني و حاشيته ج٢ ص٢٧٦، المغني و الشرح ج١١ ص٤١٥.

(٣) رواه ابن أبي شيبة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، الفتح على الهداية ج٦ ص١٢.

٢- ما رواه أصحاب السنن من أن أعرابياً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم
فشهد برؤية الهلال فقال له صلى الله عليه وسلم: أتشهد ألا إله إلا الله؟
فقال: نعم، فقال: أتشهد أني رسول الله؟ قال: نعم، فصام وأمر الناس
بالصيام". (١)

وجه الدلالة من الحديثين:

دل الحديثان على عدالة المسلم وأن قوله مقبول بناء على أنه عدل، وقد اكتفى
صلى الله عليه وسلم بشهادة الشاهد على مجرد إسلامه.
أجيب عن الحديث الأول بأن المراد منه، أن الظاهر من المسلم أنه عدل، لكن العدالة
الظاهرة لا تمنع وجوب البحث و التقصي عن معرفة العدالة الباطنة، لأن مستور الحال
لا تعلم عدالته.

و عن الحديث الثاني بأن الشاهد كان صحابياً و الصحابة عدول ثبتت عدالتهم بثناء
الله تعالى عليهم، فلا حاجة إلى البحث عنها.

ثانياً- الآثار:

صح عن عمر رضي الله تعالى عنه قوله في كتابه لأبي موسى الأشعري حين ولاه
القضاء: "المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجرباً في شهادة زور أو مجلوداً في حد
أو ظنياً في ولاء أو قرابة".

فقد دل على أن المسلم عدل، و هذه العدالة الظاهرة تكفي في قبول شهادته و هو
نص في محل النزاع لأنه وارد في شأن القضاء. (٢)

أجيب عن الاستدلال بالآثر، بأنه معارض بما أخرجه البخاري عنه رضي الله عنه،

(١) رواه أبو داود و الترمذي و النسائي و البيهقي و غيرهم، هامش شرح الزركشي جـ ٧ صـ ٢٦٤.

(٢) الأثر أخرجه البيهقي، الفتح على البداية جـ ٦ صـ ١٢، و انظر الأحكام السلطانية لأبي يعلى القراء صـ ٦٧.

أنه خطب فقال: "إن أناساً كانوا يؤخذون بالوحي في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإن الوحي قد انقطع وإنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم".
فهذا القول منه رضي الله عنه، دليل على أن مجهول الحال لا تقبل شهادته و يدل له ما رواه ابن كثير في الإرشاد، أنه شهد عند عمر رجل فقال له عمر: لست أعرفك ولا يضرك أن لا أعرفك، إئت بمن يعرفك، فقال رجل من القوم: أنا أعرفه فقال: بأي شيء تعرفه؟ فقال: بالعدالة و الفضل، فقال: هو جارك الأدنى الذي تعرف ليله و نهاره و مدخله و مخرجه؟ قال: لا، قال: فعاملك بالدينار و الدرهم الذين يستدل بهما على الورع و تقطع فيهما الرحم قال: لا قال فرفيقك في السفر الذي يستدل به على مكارم الأخلاق؟ قال: لا، قال: لست تعرفه، ثم قال للرجل: إئت بمن يعرفك. (١).
فهذا بحث من عمر رضي الله عنه يدل على أنه لم يكتف بظاهر العدالة.

ثالثاً- المعقول:

استدل القائلون بالاكْتفاء بالعدالة الظاهرة، بأن العدالة أمر خفي، سببها الخوف من الله تعالى، و دليل ذلك الإسلام، فإذا وجد كان الظاهر هو الأنزجار عما هو محرم في دينه و بالظاهر كفاية، لأن القطع لا يحصل و لو مع الاستقصاء، فلا موجب للسؤال و طلب الزيادة، لأنه لا دليل عليها، و السلف الصالح لم يكونوا يسألون عن الشهود، و أول من سأل هو ابن شيرمة.

أجيب عن المعقول:

بأن العدالة شرط في الشاهد بالإجماع، فوجب العلم بها كشرط الإسلام و لا يحصل

(١) سبل السلام ج٤ ص١٢٩.

العلم بما إلا بالسؤال عن حقيقتها، و لذلك سأل عمر رضي الله عنه و عمل بها السلف.
دليل الجمهور على وجوب السؤال عن العدالة:

استدل جمهور الفقهاء على وجوب السؤال عن العدالة بالكتاب و بالعقول.
أولاً- الكتاب:

قال الله تعالى: "و استشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين فرجل
و امرأتان ممن ترضون من الشهداء". (١)
وجه الدلالة من الآية:

دلت الآية الكريمة على اشتراط زيادة على الإسلام و هي العدالة.
يقول ابن العربي في أحكام القرآن:

في الآية دليل على أنه لا يكتفي بظاهر الإسلام في الشهادة حتى يقع البحث عن
العدالة.

و يؤيد ذلك و يوضحه قوله تعالى: "و اشهدوا ذوي عدل منكم" فإنه أمر باستشهاد
العدل، و مستور الحال لا تعلم عدالته، فلا يخرج من عهدة الأمر باستشهادهم. (٢)
ثانياً- العقول:

و هو أن مبنى القضاء على الحجة و هي شهادة العدول، فوجب التعرف عن
العدالة، لأن في التعرف عليها صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود غير
عدول. (٣)

هذا و ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، هو ما عليه الفتوى في المذهب الحنفي، و فصلاً

(١) آية رقم ٢٨٢ سورة البقرة.

(٢) شرح الزركشي ج٧ ص٢٦٣، أحكام القرآن لابن العربي ج١ ص١٠٧.

(٣) المغنى و الشرح ج١١ ص٤١٥.

عن ذلك فقد نص فقهاء الحنفية على أن الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه ما هو إلا اختلاف عصر و أوان لا حجة و برهان، فقد أجاب أبو حنيفة في زمانه و كان الغالب في الناس العدالة، و هما أجابا في زمانهما و قد تغير حال الناس و كثر الفساد، و لو شاهد ذلك أبو حنيفة لقال بقولهما، لأن الظاهر الذي يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي يثبت بظاهر الإسلام، لأن أكثر من التزم الإسلام لم يتجنب محارمه، فلم يبق مجرد التزام الإسلام مظنة العدالة.(١)

المطلب الثاني

في

المزكي

المزكي بكسر الكاف المشددة: هو الشخص الذي يشهد بعدالة الشهود و يسمى كذلك معدلاً، لأن التزكية هي المدح و الثناء.

و قد نص الفقهاء على أن على القاضي أن يتخذ مزكين و هم المصطلح على تسميتهم بأصحاب المسائل لتزكية أو جرح الشهود و ذلك بالسؤال عنهم سراً أو الاستشهاد بهم إن أمكن ذلك.

و اشترط الفقهاء أن يكون المزكي ممن يثق به القاضي و يعرف أحواله و عدالته ليتعرف بواسطته أحوال من جهلت عدالته من الشهود، لأنه لا يمكنه البحث عنهم بنفسه، و لأن التزكية حق الشرع يطلبها الحاكم، و لو سكوت عنها الخصم لتوقف صحة حكمه عليها حيث جهل حال الشهود.

(١) الفتح على الهداية ج ٦ ص ١٣، البحر الرائق ج ٧ ص ٦٣.

و إذا كان للقاضي أن يرتب أشخاصاً للسؤال سراً عن الشهود لتزكية أو جرح، فليس معنى ذلك، أنه لا يقبل غيرهم، لأن الله تعالى قال: "و اشهدوا ذوي عدل منكم" و لأن فيه أضراراً بالناس، لأن كثيراً من الوقائع التي يحتاج إلى البينة فيها تقع عند غير المرتبين، فمتى ادعى إنسان شهادة غير المرتبين، وجب على الحاكم سماع بيئته و النظر في عدالة شاهديه، و لا يجوز ردهم بكوفهم من غير المرتبين، لأن ذلك يخالف الكتاب و السنة و الإجماع، و لأنه قد يتحمل الشهادة غيرهم فإذا لم يقبلهم ضاع الحق. و فائدة اتخاذ القاضي أصحاب المسائل هو التخفيف على الناس من وجه، و ذلك باشهادهم و استغناء القاضي كذلك عن الكشف عن أحوالهم، و تزكية من عرفوا عدالته من غيرهم-(١)

اعتراف الخصم بعدالة الشهود:

إذا شهد عند القاضي مجهول الحال، فقال المشهود عليه هو عدل، لزم القاضي الحكم بشهادته على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأن ذلك يعتبر إقراراً منه بما يوجب الحكم عليه لخصمه فيؤخذ بإقراره. و لا يثبت تعديل الشاهد و قبول قوله في حق غير المشهود عليه، لأن عدالته لم تثبت و إنما أخذ المشهود عليه بإقراره، و إقراره يثبت في حقه دون غيره، كما لو أقر بحق عليه و على غيره يثبت في حقه دون غيره.

و في قول عند الشافعية و وجه عند الحنابلة، لا يجوز الحكم بشهادته، لأن في الحكم بها تعديلاً له، و التعديل لا يثبت بقول واحد، و لأن اعتبار العدالة في الشاهد حق لله تعالى، و لهذا لو رضى الخصم بأن يحكم عليه بقول فاسق لم يجز الحكم به.

(١) المغنى و الشرح ج ١١ ص ٤٢٧، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٠٣.

و الراجع الأول، لأن ذلك ليس تزكية، بل إقرار بالحق. (١)

شروط المزكي:

يشرط في المزكي ما يشرط في شاهد الأداء، لأن التزكية شهادة بالعدالة، فاشترط فيها ما يشرط في الشاهد، و فضلاً عن توفر شروط الشهادة ، فإنه يشرط في قبول التزكية ما يأتي:-

أولاً - أن يكون المزكي معروفاً للقاضي بعدائه محلاً لثقتة، لأن تزكيته شرط في قبول شهادة الشاهد و الحكم بها، إذا كان من المرتبين عند القاضي للتزكية. أما إذا شهد عند القاضي عدل بالتعديل و لم يعرف حقيقه حالة، فله أن يقبل الشهادة من غير كشف على ما ذهب إليه الحنابلة، و إن استكشف الحال كما فعل عمر رضي الله عنه، فلا بأس. (٢)

ثانياً - أن يكون عارفاً بأسباب الجرح و التعديل، لئلا يجرح العدل و يزكي الفاسق غير طماع و لا فقير حتى لا يخدع بالمال، من ذوي العقول الراجحة بريئاً من الشحاء و البغض غير متهم بعصية أو غيرها، لأن التزكية شهادة فيعتبر لها ما يعتبر في الشهادة.

ثالثاً - أن تكون له خبرة بباطن من يعدله لصحبة أو جوار أو معاملة أو استفاضة و نحو ذلك من كل ما يؤدي إلى المعرفة بباطن حال الشاهد و الوقوف على حقيقته، لأن أسباب الفسق خفية غالباً، فلا بد من معرفة المزكي حال حقيقة من يزكيه، فالناس

(١) المغنى و الشرح ج١١ ص ٤١٧، ٤١٨، مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٠٣، ٤٠٤، المقنع ج٣ ص ٦٢٧،

كشاف القناع ج٧ ص ٣٤٥، الفتح على الهداية ج٦ ص ١٤، البحر الرائق ج٧ ص ٦٦، بلغة

السالك إلى أقرب المسالك ج٢ ص ٣٥.

(٢) الانصاف ج١١ ص ٢٩١، المغنى و الشرح ج١١ ص ٤٢٣.

عادة على إظهار الصالحات و إسرار المعاصي، فإذا لم يكن ذا خبرة بباطنه، ربما اغتر بحسن ظاهره و هو فاسق في الباطن.

و لا يشترط في خبرة الباطن التقادم في معرفته على ما ذهب إليه الشافعية، بل يكفي بشدة الفحص و لو غريباً يصل المزكي بفحصه إلى كونه خبيراً بباطنه، فحين يغلب على ظنه عدالته باستفاضة و نحوها ممن خبر بباطنه شهد بها، خلافاً للحنابلة حيث اشترطوا المعرفة المتقدمة.

و على ما ذهب إليه الحنفية، فإنه يرجع في شأن الغريب إلى أهل بلده ليعرف حاله، لأنهم أخبر به. (١)

اشتراط التفسير في الجرح:

جمهور الفقهاء: المالكية و الشافعية و الحنابلة على أن القاضي لا يسمع الجرح إلا مفسراً بما يقدح في العدالة عن رؤية: كرايته يشرب الخمر أو يتعامل بالربا، أو سماع: كسمعته يقر على نفسه بذلك، أو عن استفاضة عنه بين الناس بجرحه أو بشهادة عدلين، لأن الناس يختلفون في أسباب الجرح كاختلافهم في شارب يسير النبيذ، فوجب ألا يقبل مجرد الجرح، لتلا بجرحه بما لا يراه القاضي جارحاً.

و على ذلك لا يكفي في جرح الشاهد مجرد قول المزكي: فاسق أو ليس بعدل و لا قوله: بلغني عنه كذا لقوله تعالى: "إلا من شهد بالحق و هم يعلمون".

(١) مغنى المحتاج ج٤ ص٤٥٤، الفتح على الهداية ج٦ ص١٤، البحر الرائق ج٧ ص٦٦، المغنى و الشرح ج١١ ص٤١٨، ٤٢٣، بلغة السالك لأقرب المسالك ج٢ ص٣٥٥، الانصاف ج١١ ص٢٨٩ و ما بعدها.

و إنما لم يحتج في التعديل إلى بيان سبب العدالة، لأن أسبابها كثيرة غير منحصرة. (١)
و ذهب الحنفية و الحنابلة في رواية إلى قبول الجرح المطلق بأن يقول المزكي: "هو
غير عدل أو فاسق أو يسكت" احترازاً عن هتك ستر الشاهد، إلا إذا خاف أن
يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بسبب الجرح و هو ما ذهب إليه المالكية إذا كان
الجرح مبرزاً في العدالة. (٢)

و الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأن الشاهد هو الذي أدى بسلوكه إلى
هتك ستر نفسه فلم تكن له حرمة حتى تصان و تحفظ.
هل يجعل الجراح بذكر الزنا قاذفاً:

الشافعية عل أنه ليس قاذفاً و إن انفرد به، لأنه مسئول فهو في حقه فرض كفاية
أو عين، بخلاف شهود الزنا إذا نقصوا عن الأربعة، فإنهم قذفة، لأنهم مندوبون إلى
الستر.

و ذهب الحنفية و الحنابلة إلى أن الجراح بذكر الزنا صراحة يعتبر قاذفاً و يجب
حده حد الزنا إذا توفرت شروطه إن لم يأت بتمام أربعة شهود لقوله تعالى: "و الذين
يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء".

و على المزكي إذا كان الجرح بالزنا أن يعرض به و لا يصرح فذلك يغنيه. (٣)

(١) المغنى و الشرح جـ ١١ صـ ٤٢٣، مغنى المحتاج جـ ٤ صـ ٤٠٤، بلغة السالك لأقرب المسالك جـ ٢ صـ ٣٥٥، هذا و قد استثنى المالكية من كان مبرزاً عارفاً بوجوه التعديل و التجريح من شرط التفسير و يكفي منه بقوله هو عدل أو مقبول الشهادة.

(٢) البحر الرائق جـ ٧ صـ ٦٤.

(٣) المغنى و الشرح جـ ١١ صـ ٤٢٥.

المطلب الثالث

في

كيفية التزكية

التزكية على نوعين: تزكية السر و تزكية العلانية.

تزكية السر:

سميت بالسر لأنها تتم في السر و الخفاء، بين القاضي و أمينه المزكي، بعيداً عن أنظار الناس.

و صورتها:

أن يبعث القاضي أمينه إلى المزكي بورقة مكتوب فيها اسم الشاهد و نسبه و صفاته و مسجده الذي يصلى فيه و حرفه على أن يتم ذلك سرّاً كيلاً يظهر فيخدع أو يقصد من قبل المشهود له أو عليه.

فإن عرف المزكي الشاهد بالعدالة كتب تحت اسمه: هو عدل جائر الشهادة، أو هو عدل مقبول لشهادة، أو هو عدل مرضى الشهادة. (١)

و إن عرفه بالفسق فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء عليه أن يفسر سب الفسق، لأن القاضي لا يسمع الجرح إلا مفسراً كما ذكرنا من قبل.
و على ما ذهب إليه الحنفية:

لا يصرح بشيء بل يسكت احترازاً عن هتك سمعته أو يكتب: الله أعلم به، إلا إذا خاف المزكي أن يزكي الشاهد شخص آخر و خاف أنه لو لم يصرح بسبب الفسق يقضي القاضي بشهادته، فحينئذ يصرح بتجريحه بما فيه.

(١) زيادة : مقبول الشهادة أو جازها، لإظهار أن الشاهد غير منهم في شهادته للمشهود له ، فهو ليس أباً أو ابناً مثلاً، و ليس عبواً للمشهود عليه.

أما إذا لم يعرف المزكي حال الشاهد أهو عدل أم فاسق، فإنه يكتب تحت اسمه: "مستور" ثم يعيد الورقة إلى القاضي.

و متى عاد إلى القاضي أمينه أو رسوله بالورقة من المزكي، فإن كانت جرحاً توقف عن الحكم و كتم الجرح و قال للمدعى: زدني في الشهود أو لم تحمد شهودك. و إن كانت تعديلاً حكم بشهادتهما من غير توقف على مشافهة المزكي للشهود على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

و ذهب الشافعية في قول و الحنابلة في وجه، إلى أن القاضي لا يحكم بقول المزكي، بل لا بد من مشافهة المزكي للشهود ليشير إليهم بأنهم الذين عدلهم حتى يأمن بذلك الغلط. (١)

تزكية العلانية:

تم في علانية و ذلك بأن يجمع القاضي بين المزكي و الشهود في مجلس القضاء و لها صور.

منها - أن يقول القاضي للمزكي (و الذي سبق أن زكى سراً) أهذا الذي عدلته يشير إلى الشاهد لتتقى شبهة تعديل غيره، فإن الشخصين قد يتفقان في الاسم و النسبة، و بالإشارة إلى الشاهد تتقى الشبهة.

و منها - أن القاضي يسأل المزكي ابتداء عن عدالة الشهود قائلاً له: أهولاء عدول مقبولوا الشهادة فيجب المزكي بالتعديل أو الجرح.

و منها - كما يقول الحنابلة: أن يطلب القاضي من المدعى تزكية شهوده و على المدعى إحضار شاهدين يشهدان بأن الشاهد عدل مرضي.

(١) المغنى و الشرح جـ ١١ ص ٤١٦، ٤١٧.

و منها- شهادة المسئولين من أصحاب المسائل الذين يرتبهم القاضي بعد أن تتوفر فيهم شروط العدالة أو معرفة القاضي لهم بالعدالة، فيكلف اثنين منهم للشهادة بالتزكية أو الجرح عنده. (١)

هذا و يقول الحنفية، إن التزكية كانت بالعلانية وحدها في عهد الصحابة رضي الله تعالى عنهم، لأن القوم كانوا صلحاء، و المعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالأذى. (٢)

أما بعد أن فسد الزمان فقد اكتفى بتزكية السر، لأن العلانية بلاء و فتنة لمقابلتهم الجارح بالأذى.

و ما ذهب إليه الحنفية من الاكتفاء بتزكية السر، ذهب إليه الشافعية في قول و الحنابلة في وجهه و هو الراجح (٣).

المطلب الرابع

في

نصاب التزكية

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يشترط في تزكية العلانية اثنان على الأقل، لأنها في معنى الشهادة و أقل الشهادة رجلان، و لأنها تختص بمجلس القضاء.

و اختلفوا في نصاب تزكية السر على قولين:

القول الأول- أن العدد ليس شرطاً، بل يجوز أن يكون المزكي واحداً.

ذهب إلى ذلك: أبو حنيفة و أبو يوسف و المالكية في المشهور و الحنابلة في رواية.

(١) المقنع ج٣ ص٦٢٧، كشف القناع ج٦ ص٣١٣.

(٢) الفتح على الهداية ج٦ ص١٣.

(٣) البحر الرائق ج٧ ص٦٣، ٦٧، الفتح على الهداية ج٦ ص١٣، مغنى المحتاج ج٤ ص٣٠٣، ٣٠٥.

كشف القناع ج٦ ص٣٤٥، بلغة المسالك ج٢ ص٣٥٦.

القول الثاني - أن العدد شرط، فلا يجوز أن يكون المزكي واحداً، بل اثنين على الأقل.

ذهب إلى ذلك: الشافعية و الحنابلة في الصحيح و محمد بن الحسن من الحنفية.
استدل القائلون بأن العدد ليس شرطاً، بأن التزكية ليست في معنى الشهادة،
ولهذا لا يشترط فيها لفظ الشهادة، و اشتراط العدد في الشهادة أمر تعبدى ثبت نصاً
فلا يتعداها، فيقبل فيها قول الواحد كما هو الحال في رواية الحديث و في الرسالة إلى
القاضي و الرسالة منه و الترجمة عن الشاهد و غير ذلك.

و استدل القائلون باشتراط العدد، بأن التزكية في معنى الشهادة، لأن حكم القاضي
يبنى على ظهور العدالة في الشهود و هو بالتزكية، فلذلك كان العدد شرطاً، بخلاف
الرواية فإنها على المساهلة. (١)

و الراجح ما ذهب إليه القائلون باشتراط العدد، لأن الجرح أو التعديل إثبات
صفة يبنى عليها حكم القاضي، فيعتبر لها العدد كما في الشهادة.
تعارض الجرح و التعديل:

الجرح هو الطعن في عدالة الشاهد، و التعديل هو مدح الشاهد و الثناء عليه.
و سبق القول، بأن المزكين لو جرحوا الشهود، يرد القاضي شهادتهم و إذا عدلواهم
يحكم القاضي بشهادتهم.

أما إذا عدل الشاهد اثنين و جرحه اثنين، فانه يقدم الجرح وجوباً، لأن مع شاهديه
زيادة علم يمكن خفاؤها عن شاهدي التعديل.
و إن عدله اثنان فأكثر و جرحه واحد، قدم التعديل لتمام نصابه.

(١) معنى الاحتاج جـ ٤ ص ٤٠٤، المقنع جـ ٣ ص ٦٢٧، كفاية الطالب جـ ٢ ص ٢٧٧، كشف القناع جـ ٦ ص ٣٤٤، البحر الرائق جـ ٧ ص ٦٧، الفتح على الهداية جـ ٦ ص ١٥، ١٦، بلفه السالك جـ ٢ ص ٣٥٦، تكملة المجموع جـ ١٨ ص ٣٧٢.

وإن جرحه واحد و عدله واحد، فعلى ما ذهب إليه أبو حنيفة و أبو يوسف، يكون الجرح أولى، لأن شاهد الجرح مقدم على شاهد التعديل، فالمعدل يحكى عن ظاهر الأمر و الجرح يحكى عن باطن الأمر.

و ذهب الشافعية و محمد بن الحسن و غيرهم، أن القاضي لا يعمل بقول واحد منهما لا في جرح و لا تعديل و يبعث ثالثاً، فإن عاد بالجرح كملت بينة الجرح و إن عاد بالتعديل كملت بينة التعديل.

و ذهب الحنابلة إلى أنه يبعث آخرين فإن عادا فأخبرا بالتعديل تمت بينة التعديل و سقط الجرح، لأن بينته لم تتم، و إن أخبرا بالجرح ثبت و رد الشهادة، و إن أخبر أحدهما بالجرح و الآخر بالتجريح تمت البيتان و يقدم الجرح.

تزكية المرأة:

لا خلاف بين الفقهاء على أن تزكية المرأة لا تجوز في الحدود و القصاص، لأن شهادتها فيها شبهة البدلية، و العقوبة تدرأ بالشبهات.

و اختلفوا في تزكيتهما فيما عداهما على قولين:

القول الأول - أن تزكيتهما جائزة، إذا كانت برزة تخالط الناس و تتعامل معهم.

ذهب إلى ذلك: الحنفية. (١)

القول الثاني - أن تزكية المرأة لا تجوز.

ذهب إلى ذلك: المالكية و الشافعية و الحنابلة. (٢)

استدل الحنفية بأن المرأة إذا كانت تخالط الناس و تعاملهم، فإنها تكون خبيرة بهم

(١) البحر الرائق ج٧ ص٦٧، معين الحكام ص٨٧.

(٢) كشف القناع ج٦ ص٣٤٤، بلغة السالك لأقرب السالك ج٢ ص٣٥٦، المغنى و الشرح ج١١ ص٤٢٥.

و بأحوالهم فيجوز تعديلها كما يجوز من الرجل.

و لأن التعديل من أمور الدين لا يشترط فيه لفظ الشهادة، فيستوي فيه الرجل و المرأة كرواية الأخبار و رؤية هلال رمضان، خصوصاً في تعديل النساء، لأن أحوالهن في بيوتهن لا يعرفها على حقيقتها إلا النساء.

أما إذا كانت المرأة خدور (مخدرة) لا تبرز و ليس لها خبرة، فلا يكون تعديلها معتبراً. و استدل الجمهور على عدم جواز تعديل المرأة، بأن التزكية جرحاً أو تعديلاً ليست مالأً و لا يقصد منها المال و يطلع عليها الرجال في غالب الأحوال، فاشبهت الشهادة في الحدود و القصاص، و كما أنه لا تقبل شهادتهما فيهما فكذلك هنا.

و الراجع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن التزكية قد تكون تعديلاً و قد تكون جرحاً، و الجرح كما قيل في زماننا بلاء و فتنه، فصورنا للمرأة و حفظاً لكرامتها و بعداً بها عن كل ما يחדش حيائها أو يمس كرامتها، كان الأولى عدم قبول تزكيتها.

تعذر التزكية و أثره على تحليف الشهود أو على القضاء بغير تزكية:-

المنصوص عليه في الفقه الحنفي: أن التزكية لما أصبحت متعذرة في زماننا لغلبة

الفسق، اختار القضاة كما اختار ابن أبي ليلى استحلاف الشهود لغلبة الظن.

و لا يرد على هذا التحليف ما في الكتب المعتمدة، من أنه لا يمين على الشاهد، لأن ذلك مقيد بظهور عدالته، و الكلام عن خفائها خصوصاً في زماننا، فإن الشاهد مجهول الحال و كذلك المزكي غالباً، و المجهول لا يعرف المجهول.

كذلك نص الحنفية على أن القاضي لو قضى بغير تزكية صح قضاؤه، لأن السؤال ليس يشترط صحة و لأن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح قضاؤه و نفذ و كان

آثماً، فكيف إذا قضى بشهادة المسرور، و لو قضى في الحدود قبل السؤال بظاهر العدالة صح قضاؤه و كان آثماً (١).

و قد استظهر ابن القيم أن تحليف الشهود ليس يبعد عن شرع الله، فقد نقل عن ابن حزم أن القول بتحليف الشهود، ذهب إليه ابن وضاح و قاضي الجماعة بقرطبة - محمد بن بشر - من أنه حلف شهوداً في تركة بالله أن ما شهدوا به لحق، قال ابن حزم: و روى عن ابن وضاح أنه قال: أرى لفساد الناس أن يحلف الحاكم الشهود. ثم يستطرد ابن القيم فيقول: و هذا ليس يبعد، و قد شرع الله سبحانه و تعالى تحليف الشاهدين إذا كانا من غير أهل الملة على الوصية في السفر، و كذلك قال ابن عباس بتحليف المرأة إذا شهدت في الرضاع، و هو إحدى الروايتين عن أحمد. و يقول ابن تيمية رحمه الله: هذان الموضعان قبل فيهما الكافر و المرأة وحدها للضرورة، فقياسه أن كل من قبلت شهادته للضرورة استحلف. و يحتج ابن القيم بكلامه بقوله: و إذا كان للحاكم أن يفرق الشهود إذا ارتاب فيهم فأولى أن يحلفهم إذ ارتاب فيهم. (٢)

هذا و قد أخذت المجلة بهذا القول حيث جاء في المادة ١٧٢٧، إذا ألح المشهود عليه على الحاكم بتحليف الشهود، بأنهم لم يكونوا كاذبين في شهادتهم و كان هناك لزوم لتقوية الشهادة باليمين، فللحاكم أن يحلف الشهود بأن يقال لهم: إن حلفتكم قبلت شهادتكم و إلا فلا.

(١) البحر الرائق ج ٧ ص ٦٧.

(٢) الطرق الحكيمة ص ١٦٧، ١٦٨.

المطلب الخامس

في

الجرح المجرد و الجرح المركب

يقصد بالجرح هنا: جرح المدعى عليه لشهود المدعى قبل الحكم أو بعده، و ليس جرح المزكين لشهود المدعى.

و الجرح بفتح الجيم: الطعن باللسان بعيب أو نقص، يقال: جرح الشاهد، إذا أظهر فيه ما ترد به شهادته.

و شرعاً: إظهار فسق الشاهد.

و فيما يلي تناول حقيقة كل من الجرح المجرد و الجرح المركب و حكمهما: أولاً- في المذهب الحنفي:

المتنصوص عليه في الفقه الحنفي: أن جرح المدعى عليه لشهود المدعى إما أن يدخل تحت حكم الحاكم أو لا.

فإن كان لا يدخل تحت حكم الحاكم سمي جرحاً مفرداً أو مجرداً لتجرده عما يدخل تحت الحكم.

و إن كان مما يدخل تحت حكم الحاكم سمي جرحاً مركباً.

أولاً- الجرح المجرد:

الجرح المجرد هو ما لا يتضمن إثبات حق لله تعالى أو للعبد، مثل أن يشهد شهود المدعى عليه، أن شهود المدعى فسقه أو زناه أو أكله ربا أو شربة خمر، و مثل ما إذا شهدوا على إقرارهم أنهم شهدوا بالنزور، أو على إقرارهم أنهم أجروا في هذه الشهادة، أو على إقرارهم أن المدعى مبطل في دعواه.

حكم الجرح المجرد:

الجرح المجرد لا تسمع الشهادة عليه، لأن الشهادة إنما تقبل للحكم بها، فيجب أن يكون المشهود به مما يدخل تحت الحكم، و الفسق لا يدخل تحت الحكم، لأن الحكم إلزام، و ليس في وسع القاضي إلزام الفسق لأحد لتمكنه من رفعه في الحال بالتوبة و رفع الإلزام، و سماع الشهادة إنما هو للحكم و الإلزام.

و لأن الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقاً، لأن فيها هتك السر و إشاعة الفاحشة بلا ضرورة، و هي حرام بالنص "إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم" و المشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق.

فإن قيل: إن في سماع شهود المدعى عليه على الجرح المجرد ضرورة، و هي كف الظلم عن الظلم بأداء الشهادة الكاذبة و رفع الضرر عن المشهود عليه، و قد قال صلى الله عليه وسلم: "انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً" و أما إشاعة الفاحشة فليست مقصودة في ذاتها.

يجاب: بأن رفع الضرر و رفع الظلم لا ينحصر في إفادة القاضي على وجه الإشاعة، بأن يشهد في مجلس القضاء و على ملأ من الناس، إذ يمكن كفه عن الظلم بإخبار القاضي سراً، و على القاضي حينئذ أن يطلب منه البرهان على جرحه، فإذا برهن عليه سراً، أبطل الشهادة لتعارض الجرح و التعديل على ما ذهب إليه أبو حنيفة تقديماً للجرح على التعديل.

هذا و يستوي في عدم سماع شهود المدعى عليه على الجرح المجرد أن يكون جرحهم قبل تعديل شهود المدعى أو بعده على ما ذهب إليه أبو حنيفة.

و ذهب أبو يوسف و محمد إلى أن الشهادة على الجرح المجرد إذا كانت قبل التعديل، فأثماً تقبل و تكون كافية في الدفع، لأنه من القواعد المقررة: أن الدفع أسهل من الرفع، بخلاف ما إذا كانت الشهادة على الجرح المجرد بعد التعديل، فأثماً لا تقبل، لأن العدالة

بعد ما ثبتت لا ترتفع إلا بإثبات حق الشرع أو العبد و ليس في شيء مما ذكر إثبات واحد منهما. (١)

الطعن بالتهمة و بالضرر العام:

لا خلاف بين علماء المذهب الحنفي، في أن الطعن بالتهمة في الجرح المجرد أو بدفع الضرر العام يقبل من المدعى عليه و تسمع بينته عليه، لأن الطعن بما لا يكون فسقاً بل رد الشهادة للتهمة مقبول.

و منه ما لو برهن المدعى عليه أن شاهد المدعى كان وكيلاً عنه و خاصم، و منه ما لو برهن أن الشاهد عدوه بسبب الدتيا، و منه ما لو كان الطعن بما يخل بالمروءة ما لم يكن فاسقاً، و منه ما لو برهن أن شاهد المدعى أبوه أو ابنه أو أحد الزوجين. و كذلك إذا تضمن الجرح المجرد دفع ضرر عام فانه يكون مقبولاً كذلك، و على هذا يجوز إثبات فسق رجل عند القاضي إذا كان ضرره عاماً، كرجل يؤذي المسلمين بيده و لسانه ليمنعه من ذلك و يخرججه من البلد.

الجرح المركب:

الجرح المركب: ما تضمن إثبات حق لله تعالى أو للعبد، مثل ما لو أقام المدعى عليه البينة، أن شهود المدعى زنوا و وصف الشهود الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا منه مالا و لم يتقادم العهد، أو أنهم عبيد أو أحدهم أو أن أحدهم قاذف و المقذوف يدعيه أو محدودون في القذف، أو شهدوا على إقرار المدعى، أن شهوده فسقة أو شهدوا بزور، أو أن المدعى عليه أقام بينة على أن المدعى استأجر الشهود بمائة درهم لأداء الشهادة أعطاهم المائة من مال المدعى عليه الذي كان في يده.

(١) مجمع الأئمة و هامشه بدر المنقح شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٢٠٤، الاختيار لتعليل المختار ج ٢ ص

الفرق بين قول الشهود في الجرح المجرد: زناة شربة خمر، و بين قولهم في المركب: زنوا أو شربوا الخمر.

تفترق صيغة الجرح المجرد عن صيغة الجرح المركب، في أنها في المجرد اسم فاعل، و هو قد يكون بمعنى الاستقبال، فلا يقطع بوصفهم بما ذكر، بخلاف صيغة الجرح المركب زنوا أو شربوا، فإنها للماضي و تقطع بوصفهم بما ذكر. أو يحمل الأول على ما تقدم العهد، و الثاني على ما إذا لم يتقدم. و المراد بتقدم العهد: زوال الرائحة في الخمر و مضي شهر في الباقي، و بعدم التقدم عدم ذلك.

حكم الجرح المركب:

الجرح المركب تسمع الشهادة عليه للضرورة و يحكم بها القاضي، إحياء للحقوق، لأنه مما يدخل تحت حكم الحاكم.

فشهادة شهود المدعى عليه على إقرار المدعى، أن شهوده فسقة أو شهدوا بزور و نحوه، لست شهادة بإظهار الفاحشة، و إنما حكوا إظهارها عن غيرهم، فلا يصرون فسقة بذلك.

و الإقرار مما يدخل تحت الحكم، لأن القاضي قادر على الإلزام به، لأنه لا يرتفع بالتوبة.

و كذلك شهداتهم أن المدعى استأجر الشهود بمائة من مال المدعى عليه، لأن المدعى عليه خصم في ذلك و يثبت الجرح بناء عليه، بخلاف ما لو أقام المدعى عليه البيعة على أن المدعى استأجرهم لأداء الشهادة، فإنها لا تقبل و يسمعها القاضي، لأنها شهادة على جرح مجرد، و الاستبجار و إن كان أمراً زائداً على الجرح، لكنه لا خصم في اثباته إذ لا تعلق له بالأجرة.

و تقبل شهادتهم على حد شهود المدعى في القذف، لأنه ليس فيها إشاعة للفاحشة،
لأن الإظهار حصل بالقضاء، وإنما حكوا عن إظهار الفاحشة عن الغير. (١)

ثانياً- في المذهب الحنبلي:

المتنصوص عليه في الفقه الحنبلي: أن المدعى عليه لو جرح شهود المدعى قبل الحكم
أو بعده فلا يقبل جرحه بمجرد طعنه، بل يكلف البينة بالجرح لتحقيق صدقه أو كذبه،
و تسمع البينة، لأن الجرح معنى يتعلق به الحكم، فتسمع منه الدعوى و البينة كالتزكية.
و يقول ابن قدامة أما ما ذهب إليه الحنفية بأن الجرح المجرد لا تسمع البينة عليه،
لأنه لا يتعلق به حق أحد ممنوع، لأن الشهود عليه يتعلق حقه بفسقه في منع الحكم عليه
قبل الحكم و نقضه بعده و تبرئته من أخذ ما له أو عقوبته بغير حق، فوجب أن تسمع
فيه الدعوى و البينة كما لو ادعى رق الشاهد.

و ما ذهب إليه الحنابلة قال به الخصاف من فقهاء الحنفية، كما قال به الشافعية.

و الراجح ما ذهب إليه الحنابلة لما قالوه، و لأن عدم سماع البينة على الفسق يؤدي
إلى ظلم الشهود عليه لاحتمال ألا يعرف فسق شهود المدعى إلا شهود المدعى عليه،
لأن الفسق مما يخفي أمره و لا يقف عليه كثير من الناس، فإذا لم تسمع شهادتهم
و حكم عليه بشهادة الفاسقين، كان ذلك ظلماً للمدعى عليه، و الظلم حرام و يجب
رفعه، و أي طريق يرفع بها الظلم و يتبين بها الحق فهي من شرع الله و دينه و يجب

(١) البحر الرائق ج٧ ص ٩٨، ١٠١، القتح و العناية على الهداية ج٦ ص ٤٨ - ٥٠، تكملة رد المختار ج٦

٧ ص ١٦٩ و ما بعدها.

(٢) المغنى و الشرح ج١٢ ص ١٥١، ١٥٢، كشاف القناع ج٦ ص ٣٤٣، ٣٤٨، مغنى المحتاج ج٤

ص ٤١١، ٤٦٧، البحر الرائق ج٧ ص ١٠٠، مجمع الأنهر ج٢ ص ٢٠٤.

الاستماع إليها، لأن مقصود الشارع إقامة العدل بين الناس من غير فرق بين جرح مجرد أو مركب مادام هناك دليل عليه.

و هذا في الواقع ما يستفاد مما ذهب إليه الحنفية، لأنه في جوهره يتفق مع ما ذهب إليه الحنابلة، فهم يقولون بسماع البينة علانية على الجرح المركب، و سماعها سراً في الجرح المجرد، فالخلاف منحصر في سماع البينة على الجرح المجرد أهو علانية أم سراً، و في كلا الحالين هي مسموعة و يحكم بموجبها.

هذا و لا خلاف بين الفقهاء على أنه لا يقبل جرح المشهود عليه شهود المدعى بغير بيعة.

فلو قال لشاهدي المدعى: هذان فاسقان أو عدوان لي لم يقبل قوله، لأنه متهم في قوله و يشهد بما يجز إليه نفعاً، فأشبه الشهادة لنفسه.

و لو قبل قوله، لما عجز أحد عن إبطال شهادة من شهد عليه، و بالتالي تضيع الحقوق و تذهب حكمه شرع البيعة. (١)

المبحث الثاني عشر

في

شهادة الزور

المطلب الأول

في

التعريف بشهادة الزور و حكمها و إثباتها

الزور في اللغة: الكذب و الباطل.

(١) المغنى و الشرح جـ ١١ ص ٤٢٦.

و شرعاً: الشهادة بالباطل عمداً.

حكم شهادة الزور:

شهادة الزور من أكبر الكبائر، فهمى الله تعالى عنها و حرمها في كتابه الكريم مع فهمه
عن عبادة الأوثان فقال: "فاجتنبوا الرجس من الأوثان و اجتنبوا قول الزور". (١)
و روى البخاري و مسلم عن أبي بكره قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:
"ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ قلنا بلى يا رسول الله، قال: الإشراف بالله و عقوق الوالدين
و كان متكئاً فجلس و قال: ألا و قول الزور و شهادة الزور فما زال يكررها حتى قلنا
ليته سكت". (٢)

دل الحديث على أن شهادة الزور من أكبر الكبائر، و لذلك أهتم الرسول صلى الله
عليه وسلم بها فجلس بعد أن كان متكئاً تعظيماً لحرمتها و تأكيداً لقبحها.
ذلك لأن شهادة الزور أسهل وقوعاً على الناس و التهاون بها و التعاطي لها أكثر مما
ذكر معها من الكبائر الأخرى، فأن الإشراف ينبو عنه قلب المسلم، و العقوق ينص
عنه الطبع.

أما الزور فالحوامل عليه كثيرة كالعداوة و الحقد و الحسد و غيرها، فاحتاج إلى
الإهتمام به، و ليس ذلك لعظمه بالنسبة إلى ما ذكر معه من الشرك قطعاً، بل لكون
مفسدته متعددة إلى الغير، بخلاف الإشراف، فإن مفسدته مقصورة عليه غالباً.
و قول الزور أعم من شهادة الزور، لأنه يتناول كل زور من شهادة أو غيبة أو بهت
أو كذب.

(١) آية رقم ٣٠ سورة الحج.

(٢) نيل الأوطار ج ٨ ص ٣٠٩.

و قوله صلى الله عليه وسلم: و شهادة الزور بعد قوله: و قول الزور، تأكيد أو هو من الخاص بعد العام.

و قد دل الحديث كذلك على مدى ما كان عليه الصحابة رضي الله تعالى عنهم من كثرة الأدب معه صلى الله عليه وسلم و المحبة له و الشفقة عليه في قولهم: ليته سكت. إثبات شهادة الزور:

ثبت شهادة الزور بإقرار الشاهد على نفسه أنه شهد زوراً، كما ثبت في كل ما يتيقن به كذبه و يعلم به تعمده، كما لو شهد على رجل بفعل في المملكة العربية السعودية في وقت محدد، و يعلم أن المشهود في ذلك الوقت المحدد كان في أمريكا، أو يشهد بقتل رجل فيجيء حياً، أو يشهد برؤية الهلال و يمضي ثلاثون يوماً و ليس بالسما علة و لم ير الهلال، أو يشهد بأن الحيوان في يد فلان منذ ثلاثة أعوام و سنه أقل من ذلك، أو يشهد على رجل أنه فعل شيئاً في وقت و قد مات قبل ذلك الوقت و أشباه ذلك مما يتيقن به كذبه و يعلم تعمده لذلك.(١)

فأما تعارض البيتين أو ظهور فسقه أو غلظه فلا تثبت به شهادة الزور، لأن الفسق لا يمنع الصدق، و التعارض لا يعلم به كذب إحدى البيتين بعينها، و الغلط قد يعرض.

و لأن إثبات شهادة الزور بالينة لا يصح، لأنه نفي للشهادة، و البيئات شرعت للإثبات.(٢)

(١) المغنى و الشرح ج٢ - ١٢٣، ١٥٣، ١٥٤، تكملة رد المختار ج٧ - ٢٣٧.
(٢) البحر الرائق ج٧ - ١٢٦، العناية على الهداية بشرح الفتح ج٦ - ٨٥، تكملة رد المختار ج٧ - ٢٣٧.

و الغلط قد يعرض للصادق العدل و لا يعتمد فيه على غيره، و قد قال الله تعالى:
 "و ليس عليكم جناح فيما أخطأهم به و لكن ما نعمدت قلوبكم". (١).
 و قال صلى الله عليه وسلم: "رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروا
 عليه".

هذا و كما يقول ابن قدامة: ليس قولهم أخطأنا على إطلاقه، بل لابد أن يكون
 قولهم هذا يحتمل الصدق في الخطأ.

إما إذا لم يحتمله، فإنهم يعزرون و لم يقبل قولهم. (٢).
 و أما الخفية فعندهم أن الشاهد لو قال: غلطت أو ظننت ذلك فقد قيل: أنهما بمعنى
 كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم. (٣).

المطلب الثاني

في

أثر شهادة الزور

أولاً- أثرها على الحكم:

إذا ثبت أن الشهود شهدوا زوراً، فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، أن الحكم
 ينقض عقوبة كان أو مالا، لظهور كذب الشهود فيما شهدوا به و بطلان ما حكم به،
 خلافاً للمالكية في القول المعتمد في الحكم بالمال، فإنه لا ينقض و هذا بخلاف رجوعهما
 عن الشهادة، فإن الحكم لا ينقض عدا ما كان عقوبة أو حداً، فإنه لا يستوفي، و قد
 ذكرنا ذلك من قبل. (٤).

(١) آية ٥ سورة الأحزاب.

(٢) المغنى و الشرح جـ ١٢ ص ١٤٨.

(٣) الفتح على الهداية جـ ٦ ص ٨٣.

(٤) بلغة السالك جـ ٢ ص ٣٦٩، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٥٧، المغنى و الشرح جـ ١٢ ص ١٥٣، ١٥٤.

ثانياً - أثر شهادة الزور على الضمان:

لا خلاف في أن المحكوم به لو كان مალأً، أنه يكون مضموناً على شاهديه، لأثهما أوجباه على المشهود عليه، وقد ظهر كذبهما فصارا ضامين.

أما إذا كان المحكوم به إتلافاً في مثله القتل كالقصاص أو الرجم في الزنا أو القطع في السرقة، فعليهم القصاص على ما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة و المالكية في قول، و إن كان جلدأً فعليهم ضمان ما حصل من أثر الضرب. (١)

و ذهب الحنفية و المالكية في قول إلى أنه لا يقتض منهم لعدم المباشرة و يضمنون الدية في أموالهم، و إن كان جلدأً فلا ضمان لأثر الجلدات (٢)، و قد استوفينا الكلام على هذه المسألة عند الكلام على رجوع الشهود و إقرارهم بأنهم شهدوا زوراً.

ثالثاً - التعزيز:

لا خلاف بين الفقهاء في أن من شهد زوراً، أنه يعزر اتصل القضاء بشهادته أولاً، لأنه ارتكب كبيرة أتصل ضررها بالمسلمين و ليس فيها حد مقدر. لكنهم اختلفوا في كيفية التعزيز و حدوده.

فذهب أبو حنيفة إلى أنه يكون بالتشهير فقط، لما رواه ابن أبي شيبة عن شريح أنه كان يعزر و لا يضرب و كان يبعثه إلى سوقه ان كان سوقياً و إلى قومه إن لم يكن سوقياً بعد العصر، أو إلى أي موضع يكون أكثر جمعاً للقوم فيقول: إن شريحاً يقرئكم السلام.

و يقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه و حذروا الناس منه، و كان ذلك في زمن عمر و على رضي الله عنهما و الصحابة متوافرة و ما كان يخفى ما يعمل به عليهم (١، ٢) منيحتاج ج٤ - ٤٥٧، المغني و الشرح ج١٢ - ١٥٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ - ٢٠٦، ٢٠٧، تكملة رد المختار ج٧ - ٢٣٧.

و سكتوا عنه، فكان كالمرؤى عنهم و حل محل الإجماع. (١)

و ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة و أبو يوسف و محمد، إلى أن التعزير يكون بالتشهير و بالضرب و بالحبس، و زاد أبو يوسف و محمد: التسخيم.

لأن قول الزور قول محرم يضر الناس، فأوجب العقوبة على قائله كالسب و القذف و لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور.

و تشهيره يكون بوقفه في سوقه إن كان من أهل السوق أو قبيلته إن كان من أهل القبائل أو في مسجده إن كان من أهل المساجد و يقول الموكل به: إن الحاكم يقرأ عليكم السلام و يقول: هذا شاهد زور فاعرفوه.

و هذه الكيفية لا تختلف عن الكيفية التي قال بها أبو حنيفة و رويت عن شريح القاضي.

أما تأديبه بالضرب: فأبو يوسف و محمد و الشافعية على أنه يضرب أربعين سوطاً، لما رواه الإمام أحمد و ابن أبي شيبة عن عمر رضي الله عنه، أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً. (٢)

و حكى صاحب المغنى عن الشافعي، أن القاضي لا يزيد في ضربه عن تسع و ثلاثين لئلا يبلغ به أدنى الحدود. (٣)

و ذهب المالكية إلى أنه يضرب ضرباً مؤلماً على حسب اجتهاد الحاكم بالغاً ما بلغ و يطال سجنه. (٤)

و ذهب الحنابلة: إلى أن تعزيره غير مقدر، و إنما هو مفوض لرأي الحاكم، إن

(١) العناية على الهداية ج٦ ص٨٤.

(٢، ٣) الفتح على الهداية ج٦ ص٨٣، المغنى و الشرح ج١٢ ص١٥٤.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص٢٠٧.

رأى ذلك بالجلد جلده وإن رآه يجس أو كشف رأسه وإهائه وتوبيخه فعل ذلك،
ولا يزيد في جلده على عشر جلدات لقوله صلى الله عليه وسلم: فيما رواه البخاري
ومسلم: "لا يجلد أحد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله تعالى". (١)

وقد استدل أبو يوسف ومحمد على أن التعزيز يكون كذلك بتسخيم وجهه
و الطواف به كذلك، بما روى عن عمر رضي الله عنه أنه سخم وجهه وأطال حبسه،
ولأن في التسخيم زجراله وتكילה به وردعا لأمثاله. (٢)

و اعترض على ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد، بأن التسخيم مثله، والمثله منهى
عنها شرعاً، وما روى عن عمر رضي الله عنه، روى عنه خلافه، وأنه حبسه يوماً
و خلى سبيله. (٣)

و التسخيم ينطق بالحاء والحاء، و السخمة بالضم السواد. و سخم الشيء بفتح
السين و تشديد الحاء المفتوحة: سوده.

و السخمة بضم السين، و سخم بفتح فكسر سخما بالفتح و سخمة بالضم، اسود،
و سخم الشيء بفتح السين و تشديد الحاء: سوده.

هذه هي أقوال الفقهاء في كيفية التعزيز و حدوده و بالنظر فيها يتبين أن أرجحها:—
أولاً— ما ذهب إليه جمهور الفقهاء و هو الاقتصار في تشهيره على الكيفة التي جرى
عليها شريح القاضي.

ثانياً— تأديبه يكون بضربه أو حبسه أو جلده حسبما يرى القاضي، على ألا يزيد
ضربه على عشرة أسواط، عملاً بالحديث الصحيح و هو قوله صلى الله عليه وسلم: "لا
يجلد أحد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله".

(١) نيل الأوطار ج٧ ص ١٥٨ - ١٦٠.

(٢، ٣) رواه الإمام أحمد و ابن أبي شيبة، الفتح على الهداية ج٦ ص ٨٣، المغنى و الشرح ج١٢ ص ١٥٤.

و ما قيل بأن الحديث منسوخ لعمل الصحابة بخلافه غير مسلم، لأن الآثار عن الصحابة في مقدار التعزيز مختلفة و لم يحصل اتفاق منهم على حد معين، و النسخ لا يثبت إلا بدليل.

كذلك هل النهي في الحديث على التأديب للمصالح و لغبر الولاية، كتأديب الأب لابنه الصغير أو السيد لعبده أو الزوج لزوجته، غير مسلم كذلك، لأن الشارع لا يطلق الحدود إلا على العقوبات المخصوصة.

فالعمل بما دل عليه الحديث الصحيح أولى من العمل بما روى عن غيره، و ليس لمن خالفه متمسك يصلح للمعارضة. (١)

و أما ما روى عن عمر رضي الله عنه من تسخيم وجهه الشاهد، فإنه محمول على السياسة، لأن الإمام إذا رأى أن الشاهد من أهل الفجور و ليس من أهل الشهادة الذين لا يؤثر فيهم التشهير إلا على هذا الوجه اللاتق به الزاجر له الرادع لأمثاله عزز به. أو يسؤل تسخيم عمر رضي الله عنه، بأنه لم يرد به حقيقة التسويد، و إنما أراد به التخجيل بالتفضيح و التشهير، فإن الشخص متى اخجل اسود وجهه.

قال تعالى: "و إذا بشر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مسوداً و هو كظيم". (٢)

المطلب الثالث

في

توبة شاهد الزور و أثرها على قبول شهادته مستقبلاً

الشاهد الذي شهد زوراً إما أن يتبين أنه كان فاسقاً ابتداءً و إما أن يكون عدلاً أو

مستور الحال.

(١) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٥٨ - ١٦٠.

(٢) تكملة رد المحتار جـ ٧ ص ٢٣٨.

أولاً- إذا تبين أنه كان فاسقاً ثم تاب، فعامة الفقهاء على أنه تقبل شهادته، لأنه بعد ظهور توبته يعلم أنه لا يشهد بزور حملاً لحاله على الصلاح، ولأن الذي حمّله على الشهادة زوراً فسقه، فإذا تاب وظهر صلاحه، تقبل شهادته لزوال الفسق.
و في قول للمالكية لا تقبل شهادته أبداً ولو حسنت توبته لعدم الثقة فيه.
توبة المحدود في قذف وأثرها على قبول شهادته:

جمهور الفقهاء على أن المحدود في قذف تقبل شهادته إذا تاب.
و ذهب الحنفية إلى أن المحدود في قذف لا تقبل شهادته ولو تاب، لأن رفض شهادته جزء من العقوبة المخصوص عليها، ولأن الشرع أبطل أهليته على التأييد وحقه بالأخرس، لأنه حتى بلسانه فعاقبه بقطع لسانه معنى .

و منشأ الخلاف بين الجمهور والحنفية: أن الاستثناء في قوله تعالى: "و الذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فأجلدوهم ثمانين جلدة و لا تقبلوا لهم شهادة أبداً و أولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك و أصلحوا فإن الله غفور رحيم". (١)

فقوله تعالى: "إلا الذين تابوا" هل يعود إلى أقرب مذكور و هو الوصف بالفسق، أم يعود إلى جميع المذكور في الآية إلا ما خصه الإجماع.

يرى الحنفية: أن الاستثناء يعود فقط إلى أقرب مذكور في الآية و هو وصفهم بالفسق، فيرفع الفسق فقط و يبقى عدم قبول شهادتهم أبداً. (٢)
و يرى جمهور الفقهاء، أن الاستثناء يعود إلى جميع المذكور في الآية إلا ما خصه

(١) آية رقم ٤ سورة النور.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٢٧٣ و ما بعدها.

الإجماع و هو عدم سقوط الحد بالتوبة. (١)

توقف قبول شهادة الفاسق على الاستبراء:

عامة الفقهاء على أن قبول شهادة الفاسق بعد توبته موقوف على مضي مدة بعد التوبة تكون كافية لعودة الثقة فيه يسمونها مدة استبراء.

و قد اختلفوا في تحديد هذه المدة على أقوال:

فحددها بعض فقهاء الحنفية و الحنابلة في رواية: بسنة حتى يتبين من خلالها مدى صلاح عمله، و حددها بعضهم بستة أشهر.
و جعلها المحققون من فقهاء المالكية و الشافعية رهنا بظهور الاستقامة دون تحديد مدة ما.

و ما ذهب إليه المحققون في المذهبين، ذهب إليه الحنابلة في رواية، و هو القول الصحيح في المذهب الحنفي.

يقول ابن نجيم في البحر الرائق: و الصحيح التفويض إلى رأي القاضي، و في تكملة رد المحتار: الصحيح أن ذلك مفوض لرأي القاضي و المعدل.

أما ما ذهب إليه الحنابلة في الرواية المشهورة، فإنه لا يعتبر صلاح العمل بعد التوبة، بل متى تاب الفاسق قبلت شهادته. (٢)

ثانياً- إذا تبين أن من شهد زوراً كان عدلاً أو مستور الحال ثم تاب، فقد √

(١) أحكام القرآن لابن العربي ج٣ ص٣٤٨.

(٢) انظر فيما تقدم: تكملة رد المحتار ج٧ ص١٣٩، معين الأحكام ص٧٠، الشرح الكبير و المغني ج١٢ ص٦٠، و المغني و الشرح ج١٢ ص٧٨، ٧٩، كشف القناع ج٦ ص٤٢٣، الإنصاف ج١٢ ص٥٧، ٥٨، مغني المحتاج ج٤ ص٤٣٨، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ج٢ ص٤٣٤، ٤٥١، البحر الرائق ج٧ ص١٢٦، ١٢٧، كفاية الطالب ج٢ ص٤١.

اختلف الفقهاء في قبول شهادته على قولين:-

القول الأول- لا تقبل شهادته، ذهب إلى ذلك: الحنفية و المالكية. (١)

القول الثاني- تقبل شهادته، ذهب إلى ذلك: الشافعية و الحنابلة و أبو يوسف من الحنفية و هو ما عليه القنوى في المذهب. (٢)

استدل القائلون بعدم قبول شهادته، بأن حاله بعد التوبة هو حاله حين شهد زوراً، فلا يؤمن عوده و لا تعتمد عدالته.

و استدل القائلون بقبول شهادته، بأنه تائب عن ذنبه فقبل توبته كسائر التائبين. و القول بأن حاله بعد التوبة كحالته حين شهد مجرد احتمال لا يمنع من قبول شهادته كغيره من سائر التائبين، فإنه لا يؤمن كذلك منهم معاودة ذنوبهم و لا غيرها و مع ذلك قبلت شهادتهم.

و الراجح ما ذهب إليه القائلون بقبول شهادته، لقوله تعالى: "و إني لغفار لمن تاب و آمن و عمل صالحاً ثم اهتدى" (٣) و قوله تعالى: "إلا الذين تابوا و أصلحوا و اعتصموا بالله و اخلصوا دينهم لله فأولئك مع المؤمنين" (٤).

فهاتان الآيتان صريحتان في قبول توبة التائب عن ذنبه إذا ما اخلص و أصلح و ذلك يتناول من شهد زوراً ثم تاب و أصلح فاسقاً كان عند الأداء أو عدلاً. غاية أنه لا بد من مضي فترة يظهر من خلالها أثر توبته، و تتبين فيها عدالته و يتضح خلالها صدقه و صلاحه علم الوجه الذي بيناه. ونكفي بهذا القدر من الكلام عن الشهادة و يليه الكلام عن الإقرار.

(١) البحر الرائق ج٧ ص ١٢٦، ١٢٧، تكملة رد المحتار ج٧ ص ٢٣٨، ٢٣٩، بلغة السالك لأقرب

المسالك ج٢ ص ٢٣٦، ٢٣٧.

(٢) مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٣٨، المغنى و الشرح ج١٢ ص ١٥٥.

(٣) آية رقم ٨٢ سورة طه.

(٤) آية رقم ١٤٦ سورة النساء.

الفصل الثاني

في الإقرار

وفيه مباحث

المبحث الأول

في

التعريف بالإقرار ومشروعيته ومحاسنه وحجيته

أولاً : التعريف بالإقرار

الإقرار لغة : الاعتراف والثبوت، وهو ضد النكران، يقال : أقر بالحق : اعترف به وأثبتته كما يقال : أنكر الحق أى جحده.

قال الراغب الأصفهاني : الاعتراف : الإقرار وأصله : إظهار معرفة الذنب وذلك ضد الجحود، قال تعالى : ﴿فاعترفوا بذنبهم﴾^(١) ﴿فاعترفنا بذنوبنا﴾^(٢).

والإقرار والاعتراف لفظان مترادفان^(٣).

وشرعاً : إخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه^(٤).

شرح التعريف : الإخبار عن ثبوت الحق، يتناول الدعوى والشهادة

والإقرار، وبزيادة للغير على نفسه، يتميز الإقرار عن الدعوى والشهادة، لأن الدعوى : إخبار عن ثبوت الحق على غيره لنفسه، والشهادة : إخبار

(١) آية رقم ١١ سورة الملك.

(٢) آية رقم ١١ سورة غافر.

(٣) المفردات في غريب القرآن ص ٣٣٢، المعجم الوجيز مادة : أقر.

(٤) الفتح على الهداية ج ٦ ص ٢٧٩، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٨٨.

عن ثبوت الحق للغير على الغير ، أما الإقرار فهو خبر يوجب الحق على قائله^(١).

ثانياً : مشروعية الإقرار

الإقرار حجة مشروعة، وقد ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أولاً : الكتاب

١- قال تعالى : ﴿وَإِذَا أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَئِنْ سَأَلْتُمْ بِمَا كُنتُمْ تَعْبُدُونَ

أَنْفُسَكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنْتُمْ تُشْهَدُونَ﴾^(٢).

وجه الدلالة : إن الله تعالى أقام الحجة عليهم بإقرارهم بأخذ الميثاق

فكان حجة ملزمة في إثبات الحق^(٣).

(١) للفقهاء في تعريف الإقرار شرعاً، تعاريف متعددة وهي وإن اختلفت في عباراتها إلا أنها تلتقي في مضمونها مع ما جاء في التعريف الحنفى ومن ذلك

: تعريف المالكية وهو أن الإقرار : خبر يوجب الحق على قائله بلفظه أو لفظ نائبه، فيدخل إقرار الوكيل، وهو مرادف للاعتراف.

والخبر مشترك بين حقائق منها : الإقرار والدعوى والشهادة والرواية والمقدمة والنتيجة، والفرق بينها : أن الإقرار حقيقته : خبر يعود ضرره على المخبر والدعوى خبر يعود ضررها على المدعى عليه والشهادة خبر يعود ضررها على المشهود عليه والرواية مقتضاها عام والمقدمة خبر إذا أضيف إلى خبر آخر لزم عنهما حكم وأما النتيجة فهي الحكم المركب من جزئين. مجالس القضاة والحكام للقاضي المكناسي ص ٢٩٥.

تعريف الشافعية : عرف الشافعية الإقرار بأنه : إخبار عن حق ثابت على المخبر، هذا إذا كان الإقرار خاصاً، أما إذا اقتضى أمراً عاماً، فإن كان عن أمر محسوس فهو الرواية، وإن كان عن حكم شرعى فهو الفتوى. مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٣٨.

تعريف الحنابلة : الإقرار الاعتراف وهو الإظهار لأمر متقدم وليس بإنشاء شرح الزركشى ج ٤ ص ١٥١، الإنصاف ج ١٢ ص ١٢٥.

(٢) آية رقم ٨٤ سورة البقرة.

(٣) أحكام القرآن للقرطبي ج ٢ ص ١٨.

٢- قال تعالى : ﴿وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبغض منه شيئاً﴾^(١).

وجه الدلالة : إن الله تعالى أمر من عليه الحق بالإملاء، والإملاء لا يتحقق إلا بالإقرار، فلو لم يكن الإقرار حجة على المملى ومواخذاً به لما كانت له فائدة ولما أمر الله تعالى به، فأمره به ونهيه عن كتمانها دليل على حجيتها.

٣- قال تعالى : ﴿كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم﴾^(٢).

وجه الدلالة : دلت الآية الكريمة على حجية الإقرار، لأن شهادة الإنسان على نفسه، إقراره بالحق وإلزام نفسه به.

ثانياً : السنة النبوية

ثبت في الصحيحين وغيرهما أن النبي ﷺ قبل من ماعز ومن الغامدية إقرارهما بالزنا على نفسيهما وعاملهما بموجبه وأقام عليهما الحد بناء عليه، فلو لم يكن الإقرار حجة، لما أخذهما، ﷺ به، ولما أقام عليهما الحد الذي من خصائصه أنه يسقط بالشبهة.

وإذا كان الإقرار حجة فيما يندري بالشبهة، فإنه يكون حجة كذلك فيما لا يندري بالشبهة من باب أولى^(٣).

ثالثاً : الإجماع

أجمعت الأمة الإسلامية من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على أن الإقرار حجة على المقر وجرت على ذلك في معاملاتها وأقضيتها من

(١) آية رقم ١٨٢ سورة البقرة.

(٢) آية رقم ١٣٢ سورة النساء.

(٣) نيل الإطار جـ ٧ ص ٩١، سبل السلام جـ ٤ ص ٣.

غير نكير، ومن غير فرق بين مال أو حد أو قصاص فى النفس أو الأطراف^(١).

رابعاً : المَعْتُول

الخبر فى الأصل وإن كان متردداً بين الصدق والكذب، لكن فى الإقرار يظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعى إلى الصدق والصارف عن الكذب، لأن النفس البشرية مجبولة على حب ذاتها ومفطورة على حب المال والضم به، وهذه دوافع خلقية، فإذا أقدم إنسان مع كل ذلك على الاعتراف بارتكاب معصية أو انشغال ذمته بدين لآخر مخالفاً بذلك هواه ومقدمات مصلحة الآخرين وحقوقهم، فإن عقله ودينه وطبعه تكون دواعى إلى الصدق زواجر عن الكذب، فكان الصدق ظاهراً فيما أقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل به^(٢).

ثالثاً : محاسن الإقرار

للإقرار محاسن شتى لخصها صاحب فتح القدير فيما يأتى :

- ١- إسقاط الواجب عن ذمة المقر بإخبار صاحبه وإعلامه، لئلا يبقى فى تبعه الواجب، وتطهير نفسه مما اقترف من حدود.
- ٢- قطع السنة الناس عن مذمته.
- ٣- إيصال الحق إلى صاحبه وتبليغ المكسوب إلى كاسبه، فكان فيه إنفاع صاحب الحق وإرضاء خالق الخلق.
- ٤- إحماد الناس المقر بصدق القول ووصفهم إياه بوفاء العهد^(٣).

(١) الفتح على الهداية ج٦ ص ٢٨١، مغنى المحتاج ج٢ ص ٢٣٨، شرح

الزركشى ج٤ ص ١٥٢ تبصرة الحكام ج٢ ص ٥٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الفتح على الهداية ج٦ ص ٢٧٩.

رابعاً : مدى حجية الإقرار

الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره، لأن المقر لا ولاية له على غيره، فيسرى كلامه على نفسه دون غيره.

ولأن الإقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملاً، والمحتمل لا يصلح حجة، ولكن جعل حجة بترجيح جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقربه على نفسه، والتهمة باقية في الإقرار على غيره فبقى على التردد النافي لصلاحية الحجة بخلاف الشهادة فإنها تصير حجة بالقضاء، وللقاضى ولاية عامة فتتعدى إلى الكافة.

أما الإقرار فلا يفتقر إلى القضاء فيتعدى في حق المقر وحده^(١)، وهذا لا ينافي ما ذكره الفقهاء من أن الإقرار حجة شرعية فوق الشهادة، لأن هذا القول مأخذه انتفاء التهمة في الإقرار، والقوة والضعف وراء التعدية والاقتصار، فظهر أن وصف الإقرار بالاقتصار على نفس المقر، والشهادة بالتعدية إلى الغير، لا ينافي وصف الإقرار بالقوة ووصف الشهادة بالضعف بالنسبة إليه بناء على انتفاء التهمة فيه دونها^(٢).

(١) لأن الحق يثبت بإقراره بدون حاجة إلى القضاء به، وما على القاضى إلا أن يأمره بإخراج ما أقر به، أو ينفذ عليه ما أقر به من حد، وإطلاق لفظ القضاء على الإقرار من باب المجاز.

(٢) الفتح والعناية على الهداية ج٦ ص ٢٨٢، البحر الرائق ج٧ ص ٢٠٢، مجمع الأنهر ج٢ ص ٢٥٣.

المبحث الثاني

فى

أركان الإقرار وشروطه

أركان الإقرار

للإقرار عند الحنفية ركن واحد هو الصيغة، أى اللفظ الدال على معناه صراحة أو دلالة أو إشارة.

أما على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فإن للإقرار أربعة أركان هى: الصيغة والمقر والمقر له والمقر به.

وسبب الخلاف : أن الركن عند الحنفية : ما يتحقق به وجود الشيء وكان جزء ماهيته بحيث إذا انتفى لم يكن له وجود، والصيغة وحدها هى التى يتحقق بها وجود الإقرار، أما المقر والمقر له والمقر به، فليس يوجد واحد منها بهذا الوصف إلا بعد وجود الصيغة وتحققها فى الواقع، وبالتالي لا تكون أركاناً، لكن وجود الصيغة يستلزم وجود المقر والمقر له والمقر به، وهذه اللوازم تعتبر شروطاً للإقرار وليست أركاناً له، لأن الشرط ما يتوقف وجود الشيء عليه دون أن يكون جزءاً منه، كتوقف القدرة على تسليم المبيع لصحة البيع، مع أنه ليس جزءاً من العقد، لكن صحة البيع تتوقف على القدرة على التسليم.

فالشرط والركن كلاهما لا وجود للشيء إلا بوجودهما، مع أن الركن داخل فى حقيقته وجزء منه، أما الشرط فإنه خارج عن حقيقته وليس جزءاً منه يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم.

أما على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فإن الركن ما كان جزءاً للماهية أو توقف عليه تصور الماهية فى الذهن.

وعلى ذلك يكون للإقرار أربعة أركان : الصيغة والمقر والمقر له والمقر به.

وما دام لا وجود للإقرار إلا بهذه الأربعة، فإننا نوجز فيما يلي الكلام عن كل واحد منها إلى حين الكلام عنها تفصيلاً^(١).

أولاً: المقر: هو الشخص الذى يظهر حقا لآخر عليه، أو يعترف بما ينسب إليه من وقائع، ويستوى أن يكون هذا الشخص طبيعياً كالإنسان أو اعتبارياً كالهيئة أو المؤسسة أو المصلحة.

ثانياً: المقر له: هو الشخص الذى يصدر الإقرار لصالحه.

ثالثاً: المقر به: هو الحق الذى أخبر عنه المقر واعترف به، وهذا الحق يتناول ما يثبت للشخص أو يسقط عنه من : دين وعين وحق وعفو عن قصاص وإبراء وطلاق ومقاصة وشفعة، لأن الإقرار كما يكون إيجابياً، كقول المقر : فلان فى ذمتى ألف درهم، يكون سلبياً وهو الإقرار بطريق النفى، كما لو أقر بأنه أسقط دينه عن فلان أو أبراه منه.

رابعاً: الصيغة: وهى اللفظ أو ما يقوم مقامه من كل ما يدل على ثبوت الحق على نفسه، كقول المقر : له على كذا أو فى ذمتى كذا وعندى كذا أو قتلت فلانا أو ارتكبت حداً. أو نعم لمن قال له : لى عليك ألف درهم أو أقتلت فلانا لأن جواب السؤال إعادة له.

هذه هى أركان الإقرار، ولكل ركن منها شروط يجب توافرها حتى يكون الإقرار صحيحاً وملزماً، وفيما يلي بيان هذه الشروط.

شروط الإقرار

شروط صحة الإقرار كثيرة بعضها يرجع إلى المقر وبعضها يرجع إلى المقر له وبعضها يرجع إلى المقر به وبعضها يرجع إلى صيغة الإقرار.

(١) انظر الملكية ونظرية العقد للمؤلف ص ١٤٦، ١٤٧.

أولا : شروط المقر ١- العقل

فلا يصح إقرار المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن صحة التصرفات تبني على وجود العقل وحيث أنعدم للعقل، كانت التصرفات باطلة. ويلحق بالمجنون والصبي الذي لا يعقل : النائم والمغمى عليه، لأنهما ليسا من أهل المعرفة والتمييز وهما شرطان لصحة الإقرار.

٢- البلوغ

لا خلاف على أن البلوغ شرط في صحة إقرار المقر، فلا يصح إقرار الصبي المميز، لأن إقراره من التصرفات الضارة به ضررا محضا فلا يملكه، لكن إذا كان مأذونا له في التجارة من وليه، فإن إقراره يصح منه بكل ما كان سبيله التجارة على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأنه بالإذن يصير كالبالغ.

أما ما لم يكن من باب التجارة فلا يصح منه، فيصح إقراره بالوديعة والعارية والغصب وعيب سلعة باعها، لأن كل ذلك من لزوم التجارة، فلو لم يصح إقراره بها لما عامله الناس.

ولا يصح إقراره بالمهر والجنایات والكفالة وموجبات الحدود، لأنها ليست من باب التجارة، لأن التجارة مبادلة المال بالمال، والنكاح مبادلة ما ليس بمال والكفالة تبرع من وجه فلم تكن تجارة مطلقة.

وذهب الشافعية إلى أن الصبي المميز لا يصح إقراره بمال لقوله ﷺ : "رفع القلم عن ثلاثة : الصبي حتى يبلغ والمجنون حتى يفيق والنائم حتى يستيقظ" أخرجه الطبراني ولأن الصبي المميز غير بالغ لا تقبل شهادته ولا روايته فأشبهه الطفل^(١).

(١) تكملة المجموع ص ١٨ ص ٥٧٨، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٣٨، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٥٠.

والراجع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من صحة إقرار الصبي المميز المأذون له في التجارة فيما يتصل بالمعاملات التجارية، لأنه عاقل مختار مأذون له، فصح تصرفه، والخبر محمول على رفع المؤاخذه والإثم.

٢- الصحو وعدم السكر

السكر إما أن يكون بطريق محظور أو بطريق غير محظور. فإن كان بطريق غير محظور، كأن شرب المسكر مكرها أو مضطرا أو شرب دواء فسكر منه، فلا خلاف في أن جميع إقراراته تكون باطلة، لأن حكمه حكم المغمى عليه في كل شيء. أما إذا كان سكره بطريق محظور، كأن شرب مسكرا محرما مختارا غير مضطر ولا لعة.

فقد اختلف الفقهاء في صحة إقراره وعدم صحته على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إن إقراره صحيح ويعامل بموجبه سواء اتصل بحق للعبد أو لله تعالى^(١).

ذهب إلى ذلك : المالكية والشافعية في قول والحنابلة في رواية.

القول الثاني : أن إقراره صحيح في غير الحدود الخالصة لله تعالى. **ذهب إلى ذلك :** الحنفية^(٢).

القول الثالث : إن إقراره غير صحيح ولا يعتد به وهو لغو لا أثر له. **ذهب إلى ذلك :** الحنابلة في الصحيح من المذهب والشافعية في قول^(٣).

(١) المغنى والشرح ج٥ ص ٢٧٢، الحكام ج٢ ص ٥٣، أقرب المسالك ج٢ ص ١٩٠.

(٢) تكملة الفتوح على الهداية ج٦ ص ٢٨٤، البحر الرائق ج٧ ص ٢٥٠، لسان الحكام ص ٢٦٦.

(٣) المغنى والشرح ج٥ ص ٢٧٢، الإنصاف ج١٢ ص ١٣٢، مغنى المحتاج ج٤ ص ٢٧٩.

استدل القائلون بصحة إقرار السكران، بأنه مكلف مخاطب بالأحكام كالصاحي، فصح إقراره وترتب عليه أثره.

أجيب عن هذا الدليل : بأن التكليف يعتمد العقل ولا عقل عند السكران فلا يؤخذ بإقراره، بخلاف الصاحي فإنه يؤخذ بإقراره لوجود عقله.

واستدل الحنفية على عدم صحة إقراره في الحدود الخالصة لله تعالى، بأن السكر يورث شبهة في صحة الإقرار ومطابقته للواقع والحدود تدرا بالشبهات.

بخلاف ما لو أقر بحد يغلب فيه حق العبد كحد القذف، أو أقر بغير الحدود كالقصاص في النفس أو في الأطراف، فأنها تصح منه ويؤخذ بها، لأنها تثبت مع الشبهة.

واستدل القائلون على عدم صحة إقرار السكران مطلقا، بأنه غير عاقل، فلم يصح إقراره كالمجنون، ولأن السكران لا يوثق بصحة ما يقول ولا تنتفى عنه التهمة فيما يخبر به، فلم يوجد معنى للإقرار الموجب لصحته.

والراجع ما ذهب إليه الحنابلة في الصحيح من المذهب والشافعية في قول، لأنه فضلا عن قوة دليلهم، فإن السكران لا قصد له فهو أولى بعدم المؤاخذه ممن جرى اللفظ على لسانه من غير قصد له، ولأن الرسول ﷺ، أمر باستكراه ما عز لما أقر بين يديه بالزنا، وفائدته أنه لو وجد سكرانا لما أقيم عليه الحد، وقد أفتى عثمان رضي الله عنه بعدم وقوع طلاق السكران ولم يخالفه أحد.

٤- ألا يكون مكرها

يُشترط في المقر أن يكون مختارا في إقراره، فلو كان مكرها عليه فلا يصح، سواء كان المقر به مما يحتمل الفسخ كالبيع أو مما لا يحتمله

كالإقرار بطلاق زوجته، وسواء كان مما يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص أو مما لا يسقط بالشبهة، لقوله تعالى : ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ فقد جعل الله تعالى الإكراه مسقطاً لحكم الكفر مع اطمئنان القلب فيكون غيره أولى، وقال ﷺ : "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"^(١) ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح.

وإذا أقر المكره بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الإقرار لرجل فاقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الإقرار بطلاق امرأة فاقر بطلاق أخرى أو بالإقرار بالزنا فاقر بسرقة، فإن إقراره يكون صحيحاً، لأنه إقرار بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداءً. ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً، لم يقبل قوله إلا ببينة، لأن الأصل عدم الإكراه إلا أن يكون هناك دلالة على الإكراه كالقيد والحبس، فيكون القول قوله مع يمينه لأن هذه الحالة تدل على الإكراه.

هذا وقد ذهب بعض الشافعية إلى أن من ضرب ليصدق في القضية فاقر حال الضرب أو بعده لزمه ما أقر به، لأنه ليس مكرهاً، إذ المكره من أكره على شيء واحد، وهذا إنما ضرب لكي يقول الصدق، ولا ينحصر الصدق في الإقرار، وغايته أنه يكره إلزامه بإقراره حتى يراجع ويقر ثانياً، قال الأذرعى : الصواب فيما لو ضرب ليقر بالحق ويراد بذلك الإقرار بما ادعاه خصمه أنه إكراه سواء أقر في حال ضربه أو بعده وعلم أنه لو لم يقر لضرب ثانياً^(٢).

(١) أخرجه الطبراني وقد اختلف عليه أئمة الحديث، فالسيوطي رمز له بالصحة والنووي ذكر أنه حسن، وأبو حاتم ذكر عن أبيه في العلل أنه منكر وكذلك الإمام أحمد وابن نصر وضعفه الهيثمي، انظر تكملة المجموع جـ ١٨ ص ٥٢٨.

(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٤٠، أقرب المسالك جـ ٢ ص ١٩٠، البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٥٠ المغنى والشرح جـ ٥ ص ٢٧٢.

يؤكد ذلك مقالة عمر رضى الله عنه : ليس الرجل بمأمون على نفسه أن أجعته أو أخفته أو حبسته أن يقر على نفسه، وما ذهب إليه الأذرعى من الشافعية، قال به أبو يوسف من الحنفية^(١).

ولقد رجح ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله والمالكية، ضرب المتهم المعروف بالفجور والفسق فى الجنايات والتى يتعذر فيها إقامة البينة^(٢).

(١) من حديث سليمان بن أبى سليمان الشيبانى أبو إسحاق الكوفى، وثقة ابن معين والحاكم، انظر شرح كتاب الخراج لأبى يوسف للمؤلف عبد العزيز محمد الرحبى الحنفى تحقيق الدكتور أحمد عبيد القيسى ومفتاح ازناج المرصد على خزانة كتاب الخراج ج ٢ ص ٣٦٨.

(٢) عرض ابن تيمية وابن القيم القيسى المسمى بفقہ الملوك ومفتاح الزناج المرصد على خزانة كتاب الخراج ج ٢ ص ٣٦٨، لمسألة ضرب المتهم لحمله على الإقرار، وموجز ما ذكره، أن ما كان من الدعاوى فى غير تهمة سبيله طرق الإثبات، البينة على المدعى واليمين على من أنكر. أما ما كان من الدعاوى تهمة كدعاوى الجنايات والأفعال المحرمة التى توجب عقوبة على فاعلها مثل دعاوى القتل أو السرقة والقذف وقطع الطريق وغير ذلك من الأفعال العدوانية التى يتعذر إقامة البينة على المتهم فيها فى غالب الأحوال فهذه على ثلاثة أقسام لأن المتهم فيها إما أن يكون بريئا ليس من أهل هذه التهمة، كما لو كان رجلا صالحا مشهورا ومشهودا له بالاستقامة، وإما أن يكون مستور الحال لا يعرف ببر أو فجور وإما أن يكون فاجرا من أهل التهم. فإن كان من أهل الصلاح والاستقامة، فلا خلاف فى أنه لا يجوز حبسه أو ضربه، حتى لو وجد فى يده مال مسروق وقال إنه اشتراه من السوق ولا يدري ممن لا يعاقب وغايته كما يقول فقهاء المالكية وغيرهم : يظن المستحق أنه ملكه ما خرج عن ملكه ويأخذه ولا تطلب اليمين من هذا العدل، بل يؤدب الذى اتهمه إذا تبين أن اتهمه كان لقصد أذيته والتشهير به. وإن كان المتهم مجهول الحال، فإنه يحبس حتى ينكشف حاله ويتبين للحاكم أمره، لما رواه أبو داود والترمذى والنسائى، أن النبى ﷺ حبس رجلا فى تهمة.

وروى عن أبى هريرة أن النبى ﷺ "حبس فى تهمة يوما وليلة" استظهارا وطلباً لإظهار الحق بالاعتراف. أما إذا كان المتهم معروفاً بالفجور كالسرقة وقطع الطرق والقتل، فهذا يجوز حبسه، لأنه إذا جاز حبس مجهول الحال، فإن حبس هذا يكون أولى.

وكما جاز حبسه يسوغ ضربه، يشهد لهذا ما روى أن النبى ﷺ أمر الزبير بتعذيب المتهم الذى غيب ماله حتى أقر به فى قصة ابن أبى الحقيق رأس=

هـ - ألا يكون متهما

إذا كان المقر متهما في إقراره لم يصح إقراره، لأن التهمة تخل برجحان جانب الصدق على جانب الكذب في الإقرار. ولأن الإقرار شهادة على النفس والشهادة ترد بالتهمة ويكون المقر متهما، إذا أقر وهو صحيح مفلس وكذلك يكون متهما إذا أقر وهو مريض مرض الموت بدين لو ارثه على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء حيث لا يصح إقراره ولا يجب به الدين، لأنه متهم لجواز أنه أثر بعض الورثة على بعض بميل الطبع وبأسباب أخرى كحب لإحدى زوجاته أو بر أحد أولاده به، وهو لا يملك أن يحقق ذلك بطريق التبرع لتعلق حق الورثة بالتركة، وهذا بخلاف ما لو أقر بدين لأجنبي فإنه يكون صحيحا نافذا، لأنه غير متهم.

يهود خيبر، فقد روى البخاري عن ابن عمر قال : أتى رسول الله ﷺ أهل خيبر فقاتلهم حتى ألجأهم إلى قصرهم وغلبهم على الأرض والزرع والنخل فصالحوه على أن يجلوها منها ولهم ما حملت ركابهم ولرسول الله ﷺ الصفراء والبيضاء والحلقة، وهي السلاح ويخرجون منها، واشترط عليهم ألا يكتموا ولا يغيبوا شيئا، فإن فعلوا فلا ذمة لهم ولا عهد، فغيبوا مسكا (بفتح وسكون الجلد) فيه مال وحلى لحبيبي بن أخطب كان قد احتمله معه إلى خيبر حين أجليت النضير، فقال رسول الله ﷺ لعمر حبيبي واسمه سعية : ما فعل مسك حبيبي الذي جاء به من النضير؟ فقال : أذهبته النفقات والحروب، فقال : العهد قريب والمال أكثر من ذلك، وقد كان حبيبي قد قتل قبل ذلك، فدفع رسول الله ﷺ سعيه إلى الزبير، فمسه بعذاب فقال : قد رأيت حبيبا يطوف في خربة هنا، فذهبوا فطافوا فوجدوا المسك في الخربة.. الطرق الحكيمة ص ١٠٨ وما بعدها.

وجاء في معين الحكام ص ١٧٨، ١٧٩: أن المتهم بالفجور كالسرقة وقطع الطريق والقتل والزنا، يكشف عن حالة ويستقصى عليه بقدر تهمة وشهرته بذلك، وربما كان بالضرب أو بالحبس دون الضرب، وإذا أقر وهو في السجن بما ادعى عليه يؤخذ بإقراره، وهذا الحبس خارج عن الإكراه. ولو خوف بضرب سوط حتى يقر فليس هذا بإكراه.

وغايته أن القاضي إن رأى أن الضرب أو الحبس فوت عليه رضاه، أبطل إقراره وإلا فلا وجاء مثل ذلك عن المالكية، تبصرة الحكام ج ٢ ص ١٥٧، ١٥٨، وأنه متى ثبت عند الحاكم أن المتهم من أهل الفجور والتهم يجوز سجنه وضربه ويعمل بإقراره. الشرح الكبير على حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٤٥.

وكإقراره لوارثه إقراره بقبض دين عليه، إلا أن يصدق الورثة أو يثبت ذلك ببينه على ما سيأتى تفصيلا فى إقرار المريض.

٦- ألا يكون محجورا عليه لفسه أو فليس

يشترط فى صحة الإقرار إذا كان بمال، ألا يكون محجورا عليه بما يمنعه من المعاملات والتصرفات المالية حفظا لحقوق الغرماء.

وغاية إقرار المحجور عليه بالمال، إن المقر به يتعلق بذمته، فإذا انفك الحجر عنه وتجدد له مال تعلق الإقرار بذمته.

أما إذا أقر المحجور عليه بما يوجب حدا أو قصاصا، كالزنا والسرقة والشرب والقذف والقتل العمد وقطع الطريق وما أشبهها، فإن إقراره يكون صحيحا ويلزمه حكم ذلك فى الحال، بلا خلاف بين الفقهاء.

يقول ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المحجور عليه على نفسه جائز إذا كان إقراره بزنا أو سرقة أو شرب خمر أو قذف أو قتل، وأن الحدود تقام عليه، لأنه غير متهم فى حق نفسه، والحجر إنما تعلق بما له فقبل إقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال^(١).

٧- ألا يكون هازلا

يشترط فى صحة الإقرار أن يكون المقر جادا لا هازلا، فلو كان هازلا لم يصح إقراره، لأن الإقرار إخبار بلزوم الحق، والهزل ليس بخبر فلا يلزم به الحق، ويعرف الفرق بين الجد والهزل بالقرائن وبالنغمة.

٨- أن يستند الإقرار فى المواد الجنائية إلى إجراءات صحيحة

الدليل الجنائى هو أساس إثبات وقوع الجريمة أو عدم وقوعها، لهذا فقد كان من الضرورى أن يحاط بضمانات الحصول عليه، وأن يحاط المتهم بالضمانات التى تساعد على إثبات براءته، الدليل الجنائى هو أساس إثبات وقوع الجريمة أو عدم وقوعها، لهذا فقد كان من الضرورى أن يحاط

(١) المغنى والشرح ج٢ ص ٥٧٥، مغنى المحتاج ج٤ ص ٢٤٠.

بضمانات الحصول عليه، وأن يحاط المتهم بالضمانات التي تساعد على إثبات براءته، إذ الأصل فيه البراءة. وتطبيقا لذلك، فإنه يجب لكي يكون اعتراف المتهم بالجريمة صحيحا ومعتدا به شرعا، أن تكون وسيلة الحصول عليه مشروعة، وذلك بأن تكون هذه الوسيلة مطابقة للأحكام والقواعد والإجراءات التي نصت عليها الشريعة الإسلامية.

أما إذا جاء الاعتراف نتيجة إجراءات غير مشروعة، فإنه يكون معدوما ولا قيمة له في الإثبات، إذ يجب أن يكون اقتناع القاضي قد استمد من إجراء صحيح، لأنه لا يجوز له أن يبنى حكمه على اعتراف جاء نتيجة إجراءات باطلة، لأن ما بنى على الباطل فهو باطل، ولأن للمقدمات والوسائل حكم الغايات والمقاصد.

وقد دل على أن الإجراءات يجب أن تأتي مطابقة لحكم الشارع ما روى أن عمر رضى الله عنه كان يمر ليلة في المدينة فسمع صوتا في بيت فارتاب في أن صاحب الدار يرتكب محرما، فتسلق المنزل وتسور الحائط ورأى رجلا وامرأة ومعهما زق خمر، فقال عمر: يا عدو الله أظننت أن الله يسترك وأنت على معصية وأراد أن يقيم عليه الحد، فقال له الرجل: لا تتعجل يا أمير المؤمنين، إن كنت عصيت الله في واحدة، فقد عصيته أنت في ثلاث، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾^(١) وأنت قد تجسسست، وقال الله تعالى: ﴿وَأَتُوا الْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَابِهَا﴾^(٢) وأنت تسورت وصعدت الجدار ونزلت منه، وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتَسْلَمُوا عَلَى أَهْلِهَا﴾^(٣). وأنت لم تسلم، فتركه عمر وخرج^(٤).

(١) آية ١٢ سورة الحجرات.

(٢) آية ١٨٩ سورة البقرة.

(٣) آية ٢٧ سورة النور.

(٤) شرح نهج البلاغة لابن أبي حديد ج ٣ ص ٩٦، عبقريّة عمر للعقاد.

هذه الرواية تمثل اصدق تمثيل لمبدأ شرعية الدليل فى الإسلام، ذلك أن المتهم قد دفع أن الدليل على الجريمة لا يجوز أن يأتى من طريق غير مشروع، حقيقة أنه ضبط متلبسا يشرب الخمر، ولكن هذا الضبط كان وليد إجراءات غير مشروعة هى : التجسس والتسور وعدم الاستئناس والسلام، ولذا نجد أن أمير المؤمنين اقتنع بأسباب هذا الدفع وأسقط الدليل المستمد من حالة التلبس، لما تبين له أن هذا الدليل قد أتى من طريق غير مشروع واعتبره كأن لم يكن.

وقد سبق أن تكلمنا عن حكم إقرار المكره وأنه يشترط أن يكون مختارا غير مكره لأن الإكراه إجراء غير مشروع.

إذا تقرر هذا فما هو حكم الحصول على اعتراف المتهم نتيجة التحايل عليه أو نتيجة استعمال وسيلة من الوسائل العلمية الحديثة من مثل : وضع المتهم تحت سيطرة جهاز كشف الكذب أو إعطائه بعض العقاقير والمواد المخدرة أو تنويمه تنويما مغناطيسيا، أو نتيجة إمساك الكلب البوليسى به وتشبثه بتلابيبه.

أولاً: حكم الاعتراف الناتج عن التحايل

يقال لغة: تحايل على الرجل : سلك معه مسلك الحذق ليبلغ منه مأربه.

والحيلة وسيلة بارعة يسلك بها المحقق مع المتهم مسلك الحذق والمهارة ابتغاء الوصول إلى مقصوده.

وعلى ذلك فإذا استعمل المحقق مع المتهم الحيلة في انتزاع الاعتراف منه، فهل يكون تحيله هذا من قبيل الإجراء غير الصحيح شرعاً، وبالتالي يكون اعتراف المتهم باطلاً لبثائه على إجراء باطل أو لا يكون.

لا نزاع أن المعترف إذا استمر على اعترافه بعد أن صار في مأمن وتخلص من استجواب المحقق، أن اعترافه يكون صحيحاً وملزماً له، ويعتبر كأنه اعتراف جديد.

أما إذا طعن في اعترافه وأنه كان نتيجة إكراه له وتحيل عليه وضغط من المحقق تجاهه. فقد اختلف الفقهاء في صحة اعترافه وعدم صحته على قولين :

القول الأول: أن استعمال الحيلة مع المتهم ليعترف بالحق جائز،

إلا إذا كانت وسيلته الضرب والتعذيب وما أشبه.

ذهب إلى ذلك : الظاهرية^(١).

القول الثاني: أن استعمال الحيلة مع المتهم ليعترف بالحق مكروه

وغير جائز ذهب إلى ذلك : المالكية^(٢).

استدل الظاهرية بالسنة وبالمأثور.

(١) المحلى لابن حزم ج ١١ ص ١٤٢، ١٤٣ مسألة ١١٧٣.

(٢) الزرقاني على مختصر جليل ج ٨ ص ١٠٦، ١٠٧.

أما السنة فأولا : ما روى أن الرسول ﷺ، بعث خلف اليهودى الذى
رض رأس الجارية، فسيق إليه، فلم يزل به حتى اعترف.
فهذا الحديث يدل على أن استعمال الحيلة مع المتهم مباح وجائز
شرعا.

ثانيا : ما رواه البخارى ومسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه أن
رسول الله ﷺ قال : "بينما امرأتان معهما أبناهما جاء الذئب فذهب بابن
إحدهما، فقالت هذه لصاحبتها : إنما ذهب بابنك أنت، وقالت الأخرى : إنما
ذهب بابنك، فتحاكما إلى داود عليه السلام، فقضى به للكبرى، فخرجتا على
سليمان عليه السلام فأخبرته فقال : أنتونى بالسكين أشقه بينكما، فقالت
الصغرى : لا تفعل يرحمك الله هو ابنها فقضى به للصغرى".

دل هذا الحديث الصحيح على أن سليمان عليه السلام استعمل
الحيلة مع المتنازعتين بقصد الحصول على اعتراف منهما، وقد تحقق ذلك
فعلا، حيث سكنت إحدى المرأتين ورضيت بقسمته ورفضت الأخرى هذه
القسمة، وذلك اعتراف من إحدى المرأتين بأمومتها للطفل بطريق غير
مباشر، حيث لو فور شفقتها عليه لم توافق على قسمته، واعتراف من
الأخرى بعدم أمومتها له بكسوتها ورضاها بقسمته، ومن ثم قضى سيدنا
سليمان بالطفل لمن لم توافق على قسمته. وهذه حيلة بارعة منه عليه السلام
انتهت به إلى الوصول إلى الحق.

ثانيا : الآثار : روى البيهقى فى سننه وعبد الرازق وابن أبى شيبة
فى مصنفيهما والزيلعى فى نصب الراية أن رجلا قتل فادعى أولياؤه قتله
على رجلين كانا معه، فاخصموا إلى شريح وقالوا هذان اللذان قتلا صاحبنا
فقال شريح : شاهدا عدل أنهما قتلا صاحبكم، فلم يجدوا أحدا يشهد لهم،
فخلى شريح سبيل الرجلين، فأتوا عليا فقصوا عليه القصة فقال على : تكلتك

أمك يا شريح لو كان للرجل شاهدا عدل لم يقتل، ثم خلى بهما فلم يزل يرفق بهما^(١) ويسألهما حتى اعترفا فقتلهما^(٢).

فهذا الأثر الصحيح يدل على أن استعمال الحيلة مع المتهم وصولا إلى اعترافه بالحقيقة أمر جائز ومشروع.

واستدل المالكية على أن استعمال الحيلة غير جائز، بأن التحايل على المتهم ليعترف، ما هو إلا نوع من الإكراه، واعتراف المكره باطل.

قال الزرقاني في شرحه على مختصر خليل : وكره مالك أن يقول الإمام للمتهم أخبرني ولك الأمان لأنه خديعة.

وأجيب عن ذلك : بأن التحيل ليس كالإكراه، لأن الإكراه ما كان ضررا بالجسم أو المال أو ما يتوعد به المكره في نفسه أو في أهله.

أما التحايل فهو نوع من المناقشات وتوجيه التساؤلات والمحاورة بين المحقق والمتهم فلا إكراه فيه، وكذلك ليس هو خديعة أو غشا، لأن الخديعة هي إرادة شخص بآخر مكروها من حيث لا يعلم، والمتهم يعلم تماما أنه أمام تهمة ويعلم تماما أثر اعترافه بها ويعلم تماما أنه أمام محقق يريد أن يحصل منه على اعتراف بارتكابه الجناية، فلا خديعة ولا غش.

والراجح أن استعمال الحيلة مع المتهم جائز شرعا، ما دامت بعيدة عن استعمال الوسائل المادية من ضرب أو تعذيب أو غيرهما، لأن الحيلة ما هي إلا مسلك يسلكه المحقق الحاذق الماهر للوصول إلى مقصود شرعي، وهو يتعامل مع المتهم في استجوابه من خلال ما وقف عليه من دراسته لعلم النفس الجنائي. ولأن الحيلة هي التي تتلاءم وتتناسب مع الحياة الاجتماعية المعاصرة وما آل إليه أمر الناس من مكر وخديعة وفساد وجرأة

(١) رفق به وله : لأن له جانبته وحسن صنيعه.

(٢) سنن البيهقي كتاب آداب القاضي ج ١٠ ص ١٠٤ مصنف عبد الرزاق ج ١٠ ص ٤٢ مصنف ابن أبي شيبة ج ٩ ص ٣٤٨، نصب الرأية ج ٤ ص ٣٥٤.

على الكذب والبهتان، ويحدث للناس من الأحكام بقدر ما يحدثوا من
الفجور، قيل لشريح عندما أوجب اليمين على الطالب مع بينته حيث رأى
الناس مدخولين في معاملاتهم ما هذا الذى أحدثت فى القضاء ؟

قال : رأيت الناس أحدثوا فأحدثت^(١).

فالحيلة بالقول مباحة شرعا بقصد الوصول إلى الحق، لأنها ليست
احتياالا على باطل أو إسقاطا لحق أو استباحة لمحرم، بل وصولا إلى
معرفة الحقيقة بلا إكراه وإبرادة المتهم الحرة الواعية لما يترتب على هذا
الاعتراف من آثار. والله أعلم.

يقول القرطبي : الحيل التى يستخرج بها الحقوق أمر مستحسن
شرعا، لأن النبى ﷺ، ذكر قصة المرأتين على سبيل الاستحسان والتقريب.

ثانيا : جهاز كشف الكذب

يعتبر جهاز كشف الكذب من أحدث الأجهزة العلمية التى استخدمت
فى البحث الجنائى، لمعرفة ما إذا كان المتهم يقول الصدق أو أنه يدلى
بأقوال كاذبة، وذلك عن طريق رصد الانفعالات النفسية التى يثيرها توجيه
الأسئلة إليه.

ويهدف استخدام جهاز كشف الكذب إلى تحديد حالات التوتر
والاسترخاء التى تنتاب الشخص المستجوب وكذلك ردود الفعل الخاصة
التي قد يتفاعل بها إثر توجيه أسئلة معينة إليه.

فهل اعتراف المستجوب أثناء استعمال هذا الجهاز، يعتبر من قبيل
الاعتراف الناتج عن إجراء صحيح ويعامل بموجبه، أم أنه اعتراف جاء
وليد إجراء غير صحيح وبالتالي يكون باطلا ولا أثر له على المعترف.

(١) الطرق الحكيمة ص ١٧١، فتح البارى ج ١٢ ص ٤٣، ٤٤، شرح النووى لمسلم
ج ٧ ص ٢٧٥، أحكام القرآن للقرطبي ج ١١ ص ٣١٣.

قبل الإجابة على هذا التساؤل، يحسن بنا أن نقف على أقوال الباحثين والخبراء المتخصصين في عمل هذا الجهاز.

يقول الباحثون والخبراء، **أولاً** : إن نتائج استخدام هذا الجهاز لم تصل بعد إلى حد القطع واليقين، فقد تبين من واقع التجارب التي استمرت خمسين عاماً مع أدق الأجهزة وأكفأ الخبراء، أن هناك نسبة من الخطأ تقدر بـ ٥% بالإضافة إلى نسبة تتراوح بين ١٥ - ٢٠% يكاد يستحيل فيها على الخبير البت فيها إذا كان المستجوب صادقاً أم كاذباً.

٢- أن استخدام هذا الجهاز يؤثر على إرادة المتهم، لأن الانفعالات التي تتم خلال الاختبار، قد تكون ناتجة عن أمور أخرى لا دخل للكذب فيها، بحيث يتعذر على الأخصائي الذي يعمل على الجهاز تصنيف الأعراض السلوكية للمذنب والبريء أثناء إجراء الاختبار، على اعتبار أن الأعراض السلوكية مهما شاعت إلا أنها لا تتساوى ولكل منها استثناءات فالسلوك البشري للفرد يمكن أن يتأثر بشيء قد لا يتأثر به شخص آخر.

فمن المتصور أن يكون الفرد المتهم الذي سيجرى عليه الاختبار مصاباً بأمراض في جهاز التنفس أو في القلب أو الشرايين أو ضغط الدم، مما ينجم عنه الحصول على نتائج غير دقيقة.

كما أنه من الممكن أن يكون الفرد مصاباً بمرض نفسي أو عقلي بحيث تعطى ردود أفعاله نتائج غير مطابقة للواقع.

وقد يكون الفرد المتهم ذا مهارة وتدريب يستطيع بها خداع الجهاز وذلك بالتحكم في انفعالاته وردود أفعاله، أو تكون لديه بلادة حس طبيعية وهذه الحالات وغيرها تؤثر على نتائج عمل الجهاز ويصعب على الخبير معالجتها واستخلاص نتائج دقيقة منها.

تلكم هي جوهر الملاحظات التي استخلصها خبراء هذا الجهاز.

ومنها يتبين بوضوح، أن اعتراف المتهم أثناء استعمال هذا الجهاز لا يؤاخذ به، لأن القيمة العلمية لاستخدامه غير محققة، ولتأثيرها على إرادته وفضلا عن ذلك، فإنه لا يمكن الاعتماد على نتيجة وتحليل ما توصل إليه الخبراء من استعمال هذا الجهاز، لأن ما توصلوا إليه هو من قبيل الظن والتخمين، وذلك جور واستبداد، فالظن يخطئ ويصيب، ولأنه لا يوجد أحد مهما بلغ من كفاءة ومهارة أن يدعى أنه يستطيع بواسطة هذا الجهاز على وجه القطع واليقين، معرفة خفايا الناس وما يحملونه من أحاسيس ومشاعر وآلام من خلال بعض علامات ومؤثرات فسيولوجية مضطربة غير منضبطة.

ولهذا أوصت المؤتمرات العلمية والحلقات الدراسية بعدم استخدام جهاز كشف الكذب فى الإثبات الجنائى^(١).

ثالثا: الحصول على الاعتراف نتيجة إعطاء المتهم عقاقير مخدرة

لقد حرم الإسلام المسكرات والمخدرات وكل ما يذهب العقل أو يزيل الاختيار. واستخدام المخدرات فى مجال القضاء، استخدام لأمر محرم ومنهى عنه شرعا فلا يجوز.

وبناء على ذلك : فإن المتهم لو أكره على تناول شىء من العقاقير المخدرة أو أعطيها بلا علم منه، ثم صدر عنه اعتراف بما وجه إليه من تهمة، فإن هذا الاعتراف لا يعول عليه ولا يعتد به ولا يؤاخذ بموجبه، سواء أكان ذلك بواسطة سلطة التحقيق أو غيرها، لأن هذه المادة المخدرة فضلا عن تحريمها شرعا، فهي قد أفقدته إرادته واختياره ومثلث اعتداء على سلامته بإلحاق ضرر صحى بجسده ونفسه وذلك بدخولها فى مكنونها

(١) المؤتمر الدولى لقانون الإجراءات الجنائية المنعقد فى شيكاغو سنة ١٩٦٠، والحلقة الدراسية التى عقدت فى فينا سنة ١٩٦٠ لحماية حقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية والحلقة الدراسية التى عقدت فى كانبيرا بأستراليا سنة ١٩٦٣ لمناقشة دور الشرطة فى حماية الحقوق الإنسانية.

الذى يتعين أن يقتصر عليه وحده، فلا يخرج منه إلا بإرادته الحرة المباشرة وحدها.

ولقد ثبت من خلال التجارب أن نتائجها ليست صحيحة على إطلاقها، لأن احتمال كذب المستجوب قائم في حالة تخديره.

رابعا : الحصول على اعتراف المتهم نتيجة إمساك الكلب البوليسى به

تستعين أجهزة الأمن بالكلاب البوليسية المدربة فى الكشف عن الجريمة والتعرف على مرتكبها نتيجة لما يتميز به الكلب عن غيره من سائر الحيوانات بقوة حاسة الشم ودقة حاسة السمع، وقد ذهب البعض على أن حاسة الشم عند الكلب تفوق حاسة الشم عند الإنسان بـ ٢٠٠% وبالطبع فإن هذه النسبة تختلف من كلب لآخر.

والأساس العلمى الذى انبنى عليه استخدام الكلاب البوليسية فى التعرف على المجرمين، ما يقوله المتخصصون فى هذا المجال، من أن لكل كائن من الكائنات الحية إنسانا أو حيوانا أو نباتا رائحة مميزة تتبعث منه بصفة دائمة على شكل إشعاعات وتعلق جزيئاتها المتناهية الدقة بما تلامسه من أجسام، وتبقى عالقة بها مدة من الزمن قد تطول وقد تقصر تبعا لطبيعة الجسم العالقة به والأحوال الجوية وعدم تعرضه للبعث بيد أجنبية وما إلى ذلك من المؤثرات.

وطريقة تتبع الكلب للرائحة، أنه يؤتى بالكلب المدرب إلى مكان الجريمة فيتبع أثر رائحة المجرم المنتشرة فى الهواء أو التى التصقت بالأشياء التى لامسها أو أمسك بها أو تركها خلفه أو على الأرض بفعل انطباعات أقدامه العارية، فيندفع الكلب متتبعا هذه الرائحة حتى يصل إلى آخر مدى وصلت إليه هذه الرائحة، ومن ثم يصل إلى المجرم فيمسك به ويتشبث بتلابيبه.

فهل إذا اعترف المتهم بارتكابه الجريمة نتيجة لهذا الإمساك، يعتبر اعتراف صحيحا ويؤاخذ به، أم لا يعتبر لأنه جاء وليد إجراء غير صحيح. تعرف الكلب البوليسى على أحد الأشخاص المعروضين عليه، يعتبر فى ذاته قرينة على أنه المرتكب للجريمة لكنها قرينة ليست قاطعة فى دلالتها، بل هى قرينة ضعيفة، وذلك للأسباب الآتية :

١- أن الأساس العلمى الذى بنيت عليه الاستعانة بالكلاب البوليسية، تعتمد على الرائحة.

وهذه الرائحة وإن ثبت أنها تختلف من شخص لآخر من حيث طبيعة خروجه من الجسم دون تدخل، إلا أن الروائح قد تتشابه، وذلك نتيجة بفعل الإنسان تتاوله مأكولا أو مشروبا، فضلا عن أن الشخص المرتكب للجريمة قد يضل الكلب البوليسى باستعمال بعض الروائح النفاذة كالعطور والتوابل وغيرها، مما يؤدى إلى اختلاط الروائح ومن ثم ضياع فى الأثر. وما يدل على أن الروائح تتشابه تردد الكلب أكثر من مرة قبل إمساكه بالشخص المتهم، ولولا هذا التشابه لوقف الكلب أمام المتهم من أول مرة.

٢- الكلب مهما درب وعلم يبقى حيوانا يؤثر فيه الجهد والتعب والجوع والعطش وغير ذلك، وهى عوامل يصعب معرفتها ابتداء لكونها أعراضا تتتاب دابة عجماء لا تحسن التعبير والشكوى إلى غير ذلك من الاحتمالات التى ترد على هذه القرينة والتى تضعف من دلالتها وقوتها وتجعل دلالتها مضطربة غير تامة لا تصلح لأن تكون أساسا لبناء الحكم عليها وطريقا يحكم على الناس بموجبها فى أرواحهم وأعراضهم وأموالهم. لكن إذا أمسك الكلب بشخص من المعروضين عليه، فإن ذلك يعتبر قرينة تسوغ وتوقيف المتهم والتحقيق معه لاستكشاف حقيقة الأمر. هذا وما دام أن إمساك الكلب البوليسى بالشخص ليس قرينة قاطعة على أنه الجانى،

فإنه إذا اعترف بعد هجوم الكلب عليه وإمساكه به، ثم بعد أن تخلص منه وزال عنه خطره، أنكر أنه الجاني وأن اعترافه كان وليد الخوف من الكلب، فإنه لا يؤخذ باعترافه، لأنه جاء نتيجة للرغبة والهلع من هجوم الكلب عليه مما أفقده إرادته واختياره، إلا إذا استمر على اعترافه بعد تخلصه وزوال الخطر عنه، فإنه يؤخذ باعترافه، ويعتبر اعترافا صادرا عن إرادة حرة واعية. والله أعلم.

خامسا : الحصول على اعتراف المتهم نتيجة تنويمه تنويما مغناطيسيا

التنويم المغناطيسى نوع من النوم لبعض ملكات العقل تنويما صناعيا عن طريق الإحياء بفكرة النوم، وهو حالة شبيهة بالنوم الطبيعى، ويمكن إحداثها لدى الشخص المسترخى بتكرار بعض الكلمات والحركات الإيحائية، أو بالتحديق فى نقطة لامعة، مما يؤدى إلى تعب عضلات العين. والنائم بهذه الطريقة لا يفقد شعوره وانتباهه، بل يظل خاضعا لإحياءات المنوم وأوامره، كما أن النائم لا ينسى نهائيا كل ما قيل له فى أثناء نومه^(١).

فإذا اتهم شخص بقتل أو غيره وأنكر ونوم تنويما مغناطيسيا، ثم صدر منه الاعتراف بالقتل أثناء نومه المغناطيسى، فهل يؤخذ به أم أنه لا يؤخذ به بناء على أنه جاء نتيجة إجراء باطل.

يقول المتخصصون فى هذا المجال، أن التنويم المغناطيسى لم يصل بعد إلى الدرجة الكافية من الثقة العلمية، حيث أثبتت التجارب التى أجريت فى مجال التنويم المغناطيسى، أن نتائجه فى أغلب الأحيان غير مؤكدة، وذلك لأنه لا يمكن تنويم كل شخص بنفس الدرجة التى ينام بها شخص آخر.

(١) الموسوعة العربية الميسرة، إعداد مجموعة من الخبراء ص ٥٥١، الموسوعة الثقافية ص ٣٠٧، الموسوعة الطبية البريطانية ص ٥٨٦، ٥٨٧.

ولأن الشخص الواقع تحت تأثير التتويم المغناطيسى يكون عرضة للإيحاء وتتجه إرادته للخضوع إلى المنوم، بحيث يتمكن المنوم الخبير بقوته وسيطرته من أن يجعل الشخص المنوم تحت تأثيره، بحيث يجيب على الأسئلة الموجهة إليه بالصورة والمعنى الذى يرغب فيه القائم بالاستجواب وفقا لمقتضى التحقيق.

وأثبتت التجارب كذلك، أن ما يصدر عن الشخص المنوم، ما هو إلا خليط من الذكريات والعقد المنحلة وردود الفعل العاطفية، وبالتالي فإن المهارة الفنية للطبيب النفسانى تقف عند حد تنظيم وترتيب الأشياء، ولكنها لا تعطيها عناصر التأكيد، ومن هنا وصف أحد علماء الجريمة، بعد أن حضر بعض التجارب التى أجريت فى هذا الشأن، بأن نتائجه غير مرضية، وأن كل ما تم الحصول عليه هو مجرد حكايات خرافية أكثر منها نتائج صالحة.

أن استعمال هذه الوسيلة فى الحصول على اعتراف من المتهم، يتلاقى مع استعمال وسيلة المواد المخدرة، فى أن كلا منهما يتضمن نوعا من التعدى على الحرية النفسية فضلا عن الجسمية للشخص محل التجربة. ذلك، أن من شأن استخدام هذه الوسيلة فى الحصول على اعترافه، أن الشخص المنوم يكون غير قادر على التحكم فى إرادته فيما يريد الإفشاء به أو عدم البوح به، لضعف الحاجز القائم حينئذ بين العقل الواعى والعقل الباطن.

هذا بالإضافة إلى أنها تجرد الشخص من الإدراك وتحرمه من صفات الإنسان، لأن المنوم يقوم بالبحث عما يدور بخلد الشخص المنوم، الأمر الذى ينطوى على مساس بشعوره ومأواه وملجأه الداخلى، وفى ذلك انتهاك لحرمة أسرار النفس البشرية الواجب احترامها، وكشف عن خبايا العقل والعقد النفسية وما يخبئه اللاشعور.

هذا هو مجمل رأى المتخصصين والخبراء فى استخدام التنويم المغناطيسى، وحيث لا خلاف أن الإرادة والاختيار هما أساس المسؤولية الجنائية. فإن اعتراف المتهم الذى يجئ تحت تأثير التنويم المغناطيسى، يكون غير معول عليه وغير مؤاخذ به، لأنه جاء وليد إجراء غير صحيح شرعا، ومن ناحية أخرى، لم تتحقق له الإرادة الحرة الواعية، لأنه جاء من شخص نائم، وقد رفع الله تعالى الإثم والمؤاخذة عن النائم، يقول ﷺ : "رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل" والله أعلم.

ثانيا : شروط المقر له

يشترط فى المقر له الشروط الآتية :

- ١- أن يكون موجودا حال الإقرار أو وجد قبله وقد مات، فلو لم يوجد من أصله كان لغوا، كما لو قال : لابن فلان على كذا من المال ولم يولد لفلان ابن أصلا.
- ٢- أن يكون أهلا للملك ولو باعتبار المال فلو كان غير أهل له لا يصح الإقرار فلو خاطب شخصا وقال له : لك على ألف درهم، ثبت للشخص المخاطب الألف درهم، لأنه أهل لاستحقاق المقر به فى الحال، ولو قال : لحمل فلانة على ألف درهم ميراثا من أبيه المتوفى أو وصيته له من فلان صح إقراره، لأن الحمل أهلا لأن يستحق المال بالإرث أو الوصية باعتبار المال، متى ولدته أمه فى مدة يعلم بها أنه كان موجودا وقت الإقرار^(١).

(١) يحصل العلم بأن الولد كان موجودا وقت الإقرار، إذا وضعته أمه لأقل من ستة أشهر من حين وفاة الموصى أو المورث على الراجح من أقوال الفقهاء. أما إذا وضعته لأكثر من ستة أشهر فلا يستحق شيئا، إلا أن تكون المرأة معتدة على ما هو مفصل فى موضعه، وإذا ولد ميتا كان المال المقر به للموصى أو المورث.=

فإن ولدته أمه في مدة يعلم بها أن الولد كان موجودا وقت الإقرار،
لزمه ما أقر به لأنه بين سببا صحيحا بإسناده الإقرار إلى الإرث أو الوصية
وكلاهما ممكن في حق الحمل.

أما إذا بين سببا غير صحيح كأن قال : باعني أو أقرضني، فلا
يلزمه شيء لأنه بين سببا مستحيلا في العادة إذ لا يتصور البيع أو
الإقراض من الجنين، فصار كلامه لغوا وكذبا يقينا.

وفى قول عند الحنابلة يلزمه ما أقر به، لأن قوله على للحمل ألف،
إقرار بالألف، فلا يرتفع بما ذكره بعد، أو لأنه وصل إقراره بما يسقطه
فيسقط ما وصله به كما لو قال له : على ألف لا تلزمني، أما إذا أطلق
إقراره فلم يسنده إلى سبب، فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، يصح إقراره
لأن الإقرار من الحجج الشرعية فيجب إعماله وحمله على الجهة الممكنة
في حقه وإن ندر، حملا لكلام المكلف على الصحة ما أمكن.

وذهب أبو يوسف وأبو حنيفة في رواية والشافعية في قول، إلى أن
الإقرار لا يصح، لأن الغالب أن المال لا يجب إلا بمعاملة أو جناية،
والمعاملة مع الحمل ممتعة ولا جناية عليه، فيحمل إطلاقه على الوعد^(١).

ومثل الإقرار للحمل : الإقرار للمسجد والرباط والقنطرة والوقف.

فلو قال ناظر على وقف أو مسجد ترتب في ذمتي كذا من المال
ليصرف في إصلاحه وبقاء عينه صح إقراره، لأن المسجد أو الوقف قابل

أو إن جاءت بولدين، فالمال بينهما نصفين إن كانا ذكرين أو اثنتين، وإن كان
أحدهما ذكر أو الآخر أنثى، ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر ضعف
للأنثى.

(١) انظر فيما تقدم : العناية وتكملة الفتح على الهداية ج٦ ص ٣٠٦، ٣٠٧، مغنى
المحتاج ج٢ ص ٢٤١، ٢٤٢، تكملة المجموع ج٨ ص ٥٣٣، كشاف القناع
ج٦ ص ٤٦٠، أقرب المسالك ج٢ ص ١٩٠.

لملك ذلك باعتبار ما يتعلق به من الإصلاح، والوقف قابل لملك المقر به من حيث أخذ المستحقين له.

أما إذا كان المقر له غير أهل للاستحقاق، فإن الإقرار يكون لغوا ولا يؤخذ المقر به. كما لو أقر بمال لدابة أو حجر، فإن الدابة ليست أهلاً للاستحقاق، ولا هي قابلة للملك في الحال أو المال، إلا أن يكون إقراره للحجر من أجل وضعه في سبيل أو للدابة من حيث علفها في جهاد وحينئذ يرجع إلى الوقف^(١).

٣- ألا يكذب المقر

يشترط في المقر له ألا يكذب المقر في إقراره، فإن كذبه فيه بطل إقراره، لأنه لا يثبت للإنسان ملك لا يعترف به، ولأن إقرار المقر دليل لزوم المقر به، وتكذيب المقر له دليل عدم اللزوم، واللزوم لم يعرف ثبوته، فلا يثبت مع الشك.

وأما المال المقر به فعلى أصح الأقوال أنه يترك في يد المقر، لأنه كان محكوماً له به فإذا بطل إقراره بقي على ما كان عليه.

وفي قول للشافعية ووجه للحنابلة، أن الحاكم ينزعه منه ويحفظه إلى ظهور مالكة، فإن عاد أحدهما وكذب نفسه دفع إليه المال، لأنه يدعيه ولا منازع له فيه.

أما إذا كذب كل واحد منهما نفسه فرجع المقر عن إقراره وأدعاه المقر له، فإن كان باقياً في يد المقر، فالقول قوله مع يمينه كما لو لم يقر به لأحد، وإن كان معدوماً بتلف ونحوه بغير تعد من أحدهما، فلا شيء فيه من يمين ولا غيرها، وإن كان بتعد من أحدهما فالقول فيه قول المقر مع يمينه

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٤٠.

كما لو كان باقيا، فإذا حلف سقط عنه الضمان إن كان تلفه بتعديه ووجب له الضمان على الآخر إن كان تلفه بتعدده منه^(١).

٤- ألا يكون مجهولا جهالة فاحشة، كأن يقول شخص : على كذا من

المال لو ائحد من الناس.

أما إذا كان المقر له معلوما كما لو قال : لزيد عندى ألف درهم، أو مجهولا جهالة بسيرة كقوله لرجلين لو ائحد منكما عندى ألف درهم، فإن الإقرار يكون صحيحا ويجب على المقر التذكر على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن الإقرار فى الجهالة اليسيرة لا يصح، لأنه إقرار بمجهول وأنه لا يفيد، لأن فائدة الإقرار الجبر على البيان، ولا خلاف هنا فى أنه لا يجبر على البيان، لأنه إنما يجبر لصاحب الحق وهو مجهول، ولأن جبر القاضى المقر على البيان قد يؤدى إلى إبطال الحق على المستحق والقاضى إنما نصب لإيصال الحق إلى مستحقه لا لإبطاله.

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو صحة الإقرار فيما كانت جهالته يسيره كما فى المثال المذكور، والقول بأن الإقرار حينئذ لا يفيد غير مسلم، بل هو مفيد، وفائدته وصول الحق إلى المستحق، وطريق الوصول ثابت لأنهما إذا اتفقا على أخذ المال المقر به كان لهما حق الأخذ.

ولأن المقر له فيمن كانت جهالته يسيرة يعتبر معينا نوع تعيين بحيث يتوقع منه الدعوى والطلب^(٢).

(١) المغنى والشرح ج٥ ص ٢٩٠، مغنى المحتاج ج٢ ص ٢٤٢، أقرب المسالك

ج٢ ص ١٩٠، تكملة المجموع ج١٨ ص ٥٢٨، بدائع الصنائع ج٧ ص ٢٣٢.

(٢) مغنى المحتاج ج٢ ص ٢٤٢، تكملة الفتح والعناية على الهداية ج٦ ص ٢٨٥.

ثالثا : شروط المقر به

يشترط فى المقر به عدة شروط منها :

١- ألا يكون محالا عقلا لوجود نقيضه أو شرعا بأن كان الشرع يعده باطلا وغير مشروع فى حكمه. فإن كان المقر به محالا عقلا أو شرعا لم يصح الإقرار به ولم يعامل المقر بمقتضاه.

مثال المحال العقلى أن يقر بأن فلانا أقرضه ألف درهم فى اليوم الفلانى، وقد مات فلان هذا قبله ونحوه من كل حق مترتب على سبق محال عقلا لوجود نقيضه.

ومثال الإقرار بالمحال الشرعى : أن يقر لوارث بقدر من السهام أكثر مما هو مقدر له شرعا، نحو أن يموت رجل عن ابن وبنت فيقر الابن أن الميراث بينه وبين أخته بالتساوى، فهذا إقرار باطل شرعا، لأنه أقر بأكثر مما قدره الشارع ومما تستحقه الوارثة شرعا، لأن الشارع جعل الذكر مثل حظ الأنثيين، فجعل المقر الأنثى مثل الذكر إثبات لشيء باطل شرعا فلا يعتبر ولا تأخذ المقر لها أكثر من نصيبها الشرعى.

٢- أن يكون مما يجرى فيه التمانع بين الناس ويجب تسليمه إلى المقر له بذاته إن كان عينا كما لو أقر بسيارة فى يده أنها لفلان، أو بمثله إن كان دينا كما لو أقر بألف درهم فى ذمته لفلان.

أما إذا كان المقر به لا يجرى فيه التمانع بين الناس لتفاهته كحبة حنطة أو حفنة من تراب فلا يصح الإقرار به ولا يجب على المقر تسليم ما أقر به.

الإقرار بالمجهول وبيان

لا خلاف فى أنه لا يشترط فى المال المقر به أن يكون معلوما، بل يصح أن يكون معلوما كما لو أقر لزيد بألف درهم، ويصح أن يكون مجهولا كما لو أقر لفلان أن له عليه شيء أوله عليه مالا، لأن الإنسان قد

يتعامل مع غيره ويمتد الأخذ والعطاء بينهما فيبقى حساب مجمل لا يحيط به علمه، ولأنه يجوز أن يتلف له مالا ولا يعلم قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرسها، والإقرار إخبار عن ثبوت الحق، فلذلك صح بالمجهول بخلاف الجهالة في المقر له، لأن المجهول لا يصلح مستحقا إلا إذا عين بنوع من التعيين كما ذكرنا.

ويجب على المقر أن يبين المجهول، لأن التجهيل جاء من جهته فعليه أن يبينه، ويقبل قوله فيما بينه قليلا كان أو كثيرا^(١). لأن كل ذلك مال والمال اسم لما يتمول به وذلك موجود في القليل والكثير، وإذا ادعى المقر له أكثر مما بين المقر، كان القول قول المقر مع يمينه، لأنه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه، وفي قول عند المالكية يلزم المقر بنصاب زكاة من ماله ذهب أو ورقا أو غنما أو بقرا أو إبلًا أو حبا، حسب ما يكون مال المقر، فإن كان من أهل كل ذلك لزمه أقل الأنصاب قيمة.

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن الأصل براءة الذمة، وقد أخبر بما عليه فيلزم به لأنه محقق، أما إلزامه بنصاب زكاة من ذهب أو فصة أو حب أو غير ذلك، فهو أمر زائد عما أخبر به، فلا يلزم به لأنه مشكوك فيه، وفي قوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ دلالة على أن المال يطلق على القليل والكثير، لأنه لا خلاف على أن التزويج جائز بأي نوع من المال وبما دون النصاب.

امتناع المقر عن البيان

إذا امتنع المقر عن بيان المقر به المجهول وأصر على ذلك، فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء يجبره القاضى على البيان وذلك بحبسه حتى

(١) لا يقبل بيانه عند الحنفية في أقل من درهم، فإن بين أقل منه لا يصدق، لأنه لا يعد مالا عرفا. تكملة الفتق على الهداية ج ٦ ص ٢٨٨.

يفسر ما أقر به، لأنه امتنع من حق عليه فحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه.

وذهب الشافعية في قول والقاضى من الحنابلة إلى أن المقر إذا امتنع عن التفسير لا يحبس لإمكان حصول الغرض بدون الحبس وذلك يجعله ناكلا، ويؤمر المقر له بالبيان، فإن بين شيئا وصدقه فيه المقر ثبت، وإن كذبه وأصر على عدم البيان، فعلى قول القاضى يقال له : إما أن تبين وإما أن تجعل ناكلا ويقضى عليك بما ادعاه المقر له.

وعلى قول الشافعية يقال له : إما أن تبين وإما أن تعتبر ناكلا ويحلف المقر له على ما يدعيه ويكون لازما عليك^(١).

والراجع في مسألة امتناع المقر عن البيان ما ذهب إليه الشافعية في القول الثانى بتفصيلاته وجزئياته، لأن الحبس لم يتعين طريقا للبيان والتفسير، ولأن امتناعه عن البيان بعد بيان المقر له سكوت عن جوابه، والسكوت عن الجواب يعتبر نكولا منه.

وإذا نكل ظهر صدق المقر له فيما بينه وقوى جانبه، فشرع اليمن في حقه كالمدعى إذا شهد له شاهد واحد، ولا يتعين بنكوله صدق المقر له، فلا يجوز الحكم له من غير دليل فإن حلف كانت يمينه دليلا عند عدم ما هو أقوى منها.

٢- ألا يكون ملكا للمقر

يشترط في صحة الإقرار ألا يكون المقر به ملكا للمقر حين يقر به، لأن الإقرار ليس إزالة عن الملك، وإنما هو إخبار عن كونه مملوكا للمقر له، فلا بد من تقديم المخبر عنه عن الخبر، فلو قال : دارى أو سيارتى أو

(١) المغنى والشرح ج٥ ص٣١٣، تكملة المجموعة ج١٨ ص٥٤٦، تكملة الفتح والعناية على الهداية ج٦ ص٢٨٥، ٢٨٦ مغنى المحتاج ج٢ ص٢٥٤.

دينى الذى على زيد لبكر، فهو لغو لأن الإضافة إليه تقتضى الملك له فينافى إقراره لغيره، إذ هو إخبار بحق سابق عليه فيحمل على الوعد والهبة.

بخلاف ما لو قال : مسكنى لفلان فإنه يكون إقرارا صحيحا إذ لا منافاة، لأنه قد يسكن ملك غيره، وكذلك قوله : الدين الذى كتبته على زيد هو لبكر، لاحتمال أنه وكيل، فلو طالب بكر زيدا فأنكر، فإن شاء بكر أقام بينه بإقرار المقر أن الدين الذى كتبته على زيد له، ثم يقيم بينة عليه بالمقر به، وإن شاء أقام بينة بالمقر به ثم بينة بالإقرار^(١).

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٥٤٥.

المبحث الثالث

فى

حكم الإقرار وتجزئته ورده

أولاً : حكم الإقرار

المراد بحكم الإقرار هنا الأثر المترتب عليه، وحكمه بهذا المعنى هو : ظهور ما أقر به المقر للمقر له وإلزامه به لا ثبوته ابتداءً وفى الحال على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيما مضى وليس إنشاء للحق ابتداءً وإثباتاً له فى الحال، وما على القاضى إلا أن يحكم على المقر بالخروج عن موجب ما أقر به لوقوع الإقرار دليلاً وحجة على وجود الحق المقر به كما دل على ذلك القرآن والسنة والإجماع والمعقول، فقول المقر : إن هذا الشيء لفلان، معناه أن الملك فيه ثابت لفلان هذا، وليس معناه، أنه ملك للمقر وجعله للمقر له بإقراره^(١).

وذهب الجرجاني والحصكفى من الحنفية إلى أن الإقرار إخبار من وجه وإنشاء من وجه آخر، ورتبوا على كونه إخباراً، صحة إقراره بمال الغير للغير حتى يؤخذ منه إذا ملكه فى المستقبل، ويجب عليه تسليمه إلى المقر له ولا تنفذ فيه تصرفاته، فلو أقر بأن السيارة التى فى يد فلان هى لفلان آخر، فإن هذا الإقرار منه صحيح، مع أن الظاهر أنه إخبار بحق لغيره على غيره وليس إخباراً بحق لغيره على نفسه، لأنه إذا ملك السيارة فى المستقبل بوجه من الوجوه عومل بهذا الإقرار وصدق عليه، أنه أقر بحق للغير على نفسه ووجب عليه أن يسلم السيارة لمن أقر بأنها له.

(١) بلغة السالك إلى أقرب المسالك جـ ٢ ص ١٩٠، كشف القناع جـ ٦ ص ٤٤٨،
الفتح على الهداية جـ ٦ ص ٢٨١، ٢٨٢، تكملة المجموع جـ ١٨ ص ٥٢٤،
٥٧٨.

ورتبوا على كونه إنشاء، أنه إذا أقر بشيء لآخر، فرد المقر له الإقرار، بأن كذبه فيه ثم رجع، يبطل الإقرار بالرد ولو كان إخباراً لما بطل به، لأن الإخبار إظهار لأمر ثابت في الواقع فلا معنى لتأثير الرد فيه، ومحل بطلان الإقرار في هذه الحالة، إذا كان رد المقر له للإقرار قبل قبوله.

أما لو كان قد قبله ثم رده، فإنه لا يرتد بالرد لتمامه من الجانبين بالقبول.

ومن ذلك : أن الملك الثابت بالإقرار لا يظهر في حق الزوائد سواء أكانت قائمة أم مستهلكة، فلا يملكها المقر له، ولو كان الإقرار إخباراً لملكها، فلو كان في يده بقرة وولدها فأقر أن البقرة لفلان، لا يدخل ولدها في هذا الإقرار ولو كان قد استهلكه لا يضمن.

ومن ذلك : أن إقرار المريض لو ارثه بدين لا يصح. ولو كان إخباراً لصح. فهذه الأمثلة وغيرها تدل بظاهرها على أن الإقرار : إنشاء تمليك ابتداء وليس إخباراً.

وقد أجاب جمهور فقهاء الحنفية القائلين بأن الإقرار إخبار وليس إنشاء كما هو الحال عند جمهور الفقهاء على هذه الأمثلة وغيرها بعدة أوجه.

الوجه الأول : أن المراد بالإنشاء في الإقرار، إنشاء الالتزام، أي

أن المقر يلتزم بما أقر به ويجب عليه رده للمقر له، فكانه ينشئ تمليكاً للمقر له فيما أقر به، مع كون كلامه إخباراً، ولهذا كان في الإقرار قوة إلزام ناشئة عن إلزام المقر نفسه بإخباره، وليست هذه القوة ثابتة للشهادة ولا للقرائن القاطعة.

الوجه الثانى : أن الإقرار لما كان لازما من جانب المقر وقابلا

للرد من جانب المقر له كان إخبارا بالنسبة للمقر وإنشاء بالنسبة للمقر له .

الوجه الثالث : أن الأمثلة المذكورة لا تدل على أن الإقرار إنشاء

وبيان ذلك :

١- أن عدم صحة الإقرار فيمن أقر بشئ لآخر ورده ثم عاد وقبله، محمول على جواز خطأ المقر فيما أقر به والمقر له يعتقد أنه لا حق له قبله، فكان بطلان الإقرار لهذا الاحتمال لا لكونه إنشاء، أو يقال : إن رد المقر له الإقرار هو تكذيب للمقر أو إبراء له من الدين، فلا يفيد التصديق بعد ذلك ولا يصح الرجوع عن الإبراء لسقوط الدين به والساقط لا يعود.

٢- عدم ظهور ملكية المقر له فى زوائد المقر به، فلأن الإقرار حجة قاصرة وقد ظهر أثر هذا القصور على ملكية المقر به وهو البقرة، ولم يظهر فى زوائدها، ومع ذلك فلو ادعى المقر له أن الزوائد ملكه كانت له عملا بالظاهر.

٣- عدم صحة إقرار المريض بدين لو ارثه، فلأن فيه تهمة إثبات بعض الورثة على بعض، بخلاف إقراره للأجنبى على ما جرت به العادة، ولا عبرة للنادر، فكان عدم الصحة مضافا إلى التهمة وليس لكونه إنشاء.

الوجه الرابع : أن الأمثلة المذكورة والتي تدل بظاهرها على أن

الإقرار إنشاء، معارضة بأمثلة أخرى كثيرة تدل دلالة قاطعة على أن الإقرار إخبار وليس إنشاء ومن ذلك :

١- أن المريض الذى لا دين عليه إذا أقر بجميع ماله للأجنبي صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة، ولو كان تملكاً مبتدأ لم يعتبر إلا من الثالث.

٢- الإقرار بحصة شائعة فى عقار قابل للقسمة صحيح، ولو كان تملكاً لما صح، لأن هبة الشائع لا تجوز.

٣- لو أقر بعين لا يملكها صح إقراره، حتى لو ملكها يوماً يؤمر بتسليمها إلى المقر له ولو كان الإقرار تملكاً مبتدأ لما صح ذلك، لأنه لا يصح تملك الإنسان ما ليس مملوكاً له.

٤- لو أقر أن فلانة زوجته وصدقته على ما قاله صح ذلك ولو لم يكن بحضرة شهود، ولو كان إنشاء لما صح بدون شهود.

٥- الملك يثبت للمقر له بلا تصديق ولا قبول منه، ولو كان إنشاء لتوقف على قبوله، ولهذا يقول فقهاء الحنفية : لو أقر شخص لغيره بمال والمقر له يعلم أنه كاذب فى إقراره، لا يحل له أخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى^(١).

ثانياً : تجزئة الإقرار

إذا ادعى شخص على آخر أنه اقترض منه مبلغ ألف درهم، وطلب من المحكمة إلزامه بأن يؤدى إليه هذا المبلغ، فأقر هذا الآخر بأنه فعلاً اقترض منه هذا المبلغ ولكنه قضاه له وأداه إليه، أو أقر شخص بقتل فلان إلا أنه كان خطأ، أو أقر بأنه أخذ المال لكنه لم يكن لأجل السرقة، بل وفاء لدين لا يستطيع تخليصه إلا بهذه الطريقة، أو أقر بالزنا، إلا أن المزنى بها قد وضعت له مخدراً فغاب عن وجهه.

(١) انظر : الفتح على الهداية ج٦ ص ٢٨١، مجمع الأنهر ج٢ ص ٢٨٩، طرق الإثبات للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ص ٢٧٧، ٢٧٨.

فهل يتجزأ الإقرار، فيصدق المقر بالاقتراض وبالقتل وبالزنا وبالسرقة، ولا يصدق في الأداء والخطأ وتخليص حقه وغياب وعيه، أم أنه لا يتجزأ ويصدق في الاقتراض والأداء وفي القتل الخطأ وفي السرقة لتخليص حقه وفي الزنا لغياب وعيه.

جمهور الفقهاء على أن الإقرار يقبل التجزئة، والكلام الصادر من المقر يجرأ ولا يقبل كله، لأنه يتضمن واقعتين : **الأولى** - الإقرار بالدين أو بالواقعة الجنائية وهو ملزم، **الثانية** - الإدعاء بالوفاء أو بالخطأ أو تخليص حقه أو غياب وعيه، وهي دعوى إن صدقه فيها المقر له أو من اتهمه صح ادعائه، وإن لم يصدق في ادعائه، كان على المقر إثبات ما يدعيه بالبينة، فإن أثبتها عومل بما أقر به وإن لم يثبتها لزمه ما أقر به أولاً^(١).

وذهب الحنابلة في الصحيح من المذهب والشافعية في قول إلى أن الإقرار لا يجوز تجزئته على المقر، لأنه قول يمكن صدقه ولا تناقض فيه، فهو جملة واحدة يقبل كله أو يرد كله فلا يبعث بأخذ بعضه دون بعض^(٢). ولأن المقر ثقة في إقراره، لأن الله تعالى يقول : ﴿يا أيها الذين

آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم﴾^(٣).

والراجح ما ذهب إليه الحنابلة في الصحيح من الروايتين والشافعية في قول، وهو أن الإقرار لا يقبل التجزئة، فلا يؤخذ منه الضار بالمقر ويترك الصالح له بل يؤخذ جملة واحدة لأن المفروض أن الدين أو الواقعة الجنائية لا دليل على أي منها سوى إقرار المقر وما دام قد صدق في

(١) العناية وتكملة الفتح على الهداية ج ٦ ص ٢٩٧، لسان الحكام ص ٢٦٦، معين

الحكام ص ١٢٥، تكملة المجموع ج ١٨ ص ٥٦٢، تبصرة الحكام ج ٢

ص ٥٢، أقرب المسالك ج ٢ ص ١٩١، المغنى والشرح الكبير ج ٥ ص ٢٨٥.

(٢) المغنى والشرح ج ٥ ص ٢٨٥، شرح الزركشى ج ٤ ص ١٥٥.

(٣) آية رقم ١٣٥ سورة النساء.

الإقرار بالدين أو الواقعة، يجب أن يصدق فيما ادعاه، وإلا الزم خلاف الواقع جزاء صدقه أو يحمل على ارتكاب نقيصة الكذب بإنكار الحق أصلاً. ويؤيد هذا الراجح ما نقله ابن القيم رحمه الله فى الطرق الحكمية عن إياس : أن من أقر بشيء وليس عليه بينة، فالقول ما قال.

ثم قال رحمه الله : وهذا من أحسن القضاء، لأن إقراره علم على صدقه، فإذا ادعى عليه ألفاً ولا بينة فقال صدق إلا أنى قضيته إياها فالقول قوله^(١)، ومفاد ما نقله ابن القيم وأكدته، أنه إذا لم يكن لمدعى الدين مستند على دينه سوى إقرار المدعى عليه بهذا الدين، فيجب أن نصدقه فى الجزء الأخير من كلامه وهو دعوى الوفاء، أما إذا كان لمدعى الدين مستند لإثبات دينه غير إقرار المدعى عليه فإنه لا يصدق المقر فى إدعاء الوفاء بالدين.

هذا ومما ترتب على تجزئة الإقرار وعدم تجزئته، الإقرار بدين مؤجل، فإذا أقر شخص بأن قال لفلان على ألف درهم إلى سنة وكذبه المقر له فى الأجل وقال هى حالة، فلم يكون القول قوله اختلف الفقهاء فيما يكون القول قوله على أقوال والذى يمكن ضبطه منها قولان.

القول الأول : أن القول قول المقر مع يمينه.

ذهب إلى ذلك : المالكية والشافعية والحنابلة فى ظاهر المذهب^(٢).

(١) الطرق الحكمية ج ٣٧.

(٢) هذا القول على إطلاقه مذهب الحنابلة، أى يستوى فى أن القول قول المقر مع يمينه، أن يكون أسند الدين إلى سبب قابل للتأجيل أو إلى سبب غير قابل للتأجيل. كشف القناع ج ٦ ص ٤٦٧ وقيدته الشافعية : بعدم إسناد الدين إلى سبب غير قابل للتأجيل كالقرض، لها أن الأصل فى القرض الحلول. تكملة المجموع شرح المهذب ج ١٨ ص ٥٦٢.

وقيدته المالكية بعدم إسناده إلى قرض، فإن أسنده إلى قرض كان القول قول المقر له بيمينه حيث لم يكن شرط بالتأجيل ولا عادة ومضت مدة يمكن الانتفاع به. وإذا أسند الدين إلى بيع، فإن كان العرف والعادة جارية بالتأجيل له، كان القول قول المقر بيمينه، وإن كانت العادة عدم التأجيل أصلاً، كان القول قول المقر له بيمينه، وإن لم يكن عرف بشيء، فإن ادعى المقر أجلاً =

القول الثانى : أن القول قول المقر له على يمينه.

ذهب إلى ذلك : الحنفية والحنابلة فى قول أبى الخطاب^(١).

استدل جمهور الفقهاء على أن القول قول المقر المبرم يمينه، بأنه أقر بمال موصوف بأنه مؤجل إلى وقت فيلزمه بالوصف الذى أقر به.

واستدل الحنفية على أن القول قول المقر له بيمينه، بأن المقر أقر على نفسه بمال وادعى حقاً لنفسه فيه فيصدق فى الإقرار بالمال دون دعوى التأجيل، لأن الأجل ليس بصفة فى الديون الواجبة بغير عقد الكفالة^(٢)، بل الأجل فيها أمر عارض ولهذا لا يثبت بلا شرط، والقول لمنكر العارض، فإن المقر يدعى التأجيل، والمقر له ينكر ذلك والقول قول المنكر بيمينه^(٣).

والراجع، ذهب إليه الحنفية والحنابلة فى قول أبى الخطاب لقوة دليله، ولأن التأجيل يمنع استيفاء الحق فلم يقبل. وقول جمهور الفقهاء : بأن المقر أقر بمال موصوف بأنه مؤجل فلا يلزمه إلا بالوصف الذى أقر به.

تقريباً يشبه أن تباع السلعة له، كان القول قول المقر بيمينه، وإن ادعى أجلاً بعيداً لا يشبه التأجيل له عادة، كان القول قول المقر له بيمينه فالحاصل أن المقر يقبل قوله فى التأجيل إن كان من بيع وأشبهه فى دعوى الأجل بيمينه وإلا يشبه أو كان من فرض فالقول للمقر له بيمينه.
أقرب المسالك ج ٢ ص ١٩٣.

(١) تكملة الفتح على الهداية ج ٦ ص ٢٩٨، المغنى ج ٥ ص ٢٩٢، كشاف القناع ج ٦ ص ٤٦٧، مغنى ٢٢٢٢ ج ٢ ص ٢٥٥.

(٢)، (٣) إذا كان الأجل ليس بصفة فى الديون الواجبة، إلا أن الحنفية استثنوا من ذلك عقد الكفالة، فمن قال لآخر: ضمنت لك عن فلان ألف درهم إلى شهر وقال المقر له: هى حالة، فالقول قول الضامن، بخلاف الإقرار بالدين، لأن المقر بالكفالة ليس مقرراً بالدين لأنه لا دين عليه فى الصحيح، إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر، ولأن الأجل فى الديون عارض حتى لا يثبت إلا بالشرط، فكان القول قول من أنكر الشرط كما فى الخبر.

أما الأجل فى الكفالة فهو نوع حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلاً على الأصيل. الفتح على الهداية ج ٦ ص ٢٩٨.

يجاب عنه : بأن الأجل حق لمن عليه المال، فكيف يكون صفة للمال الذى هو حق الدائن ولكنه مؤخر للمطالبة إلى مضيه، فكان دعواه الأجل كدعواه الإبراء.

ثالثا : قبول الإقرار ورده

يتحقق الإقرار ويثبت الحق المقر به بمجرد إيجاب المقر ولا يتوقف على قبول المقر له أو تصديقه، لأن الإقرار إذا صدر عن المقر، فإنه يظهر الحق ويكشف على أنه كان ثابتا من قبل فلم يحتج إلى قبول. وإذا كان الإقرار لا يتوقف على قبول المقر له، إلا أنه يرتد برده ويبطل بتكذيبه، فإذا رده المقر له بطل، لأنه لا يثبت للإنسان ملك لا يعترف به^(١).

وأما المال المقر به فعلى أصح الأقوال فى المذهبين الشافعى والحنبل، أنه يترك فى يد المقر كما كان، محكوما له به، فإذا بطل إقراره بقى على ما كان عليه.

وفى قول للشافعية ووجه للحنابلة، أن الحاكم ينتزعه منه ويحفظه إلى ظهور ماله.

هذا وقد استثنى الفقهاء الإقرار بالنسب فنصوا على أن من أقر بنسب ولد وكان له رأى ويعبر عن نفسه^(٢)، فيشترط فى صحة الإقرار قبول المقر له بالنسب، وأنه متى ثبت نسبه بقبوله وكان مستوفيا لشروطه الشرعية الأخرى، فإنه لا يرتد بالرد ولا يقبل الرجوع عنه ولا يبطله التكذيب، لأنه نسب ثبت بحجة شرعية فلا يبطل بإنكاره كما لو ثبت ببينة شرعية بعدا بالنسب عن التردد.

(١) البحر الرائق ج ٧ ص ٣٨، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٢٩.

(٢) أى يكون مميزا كما يقول الحنفية، وبالغا عاقلا كما يقول الأئمة الثلاثة.

وفى حكم النسب الطلاق والإرث، فإنهما لا يتوقفان على القبول ولا يرتدان بالرد^(١).

رابعاً: رد الإقرار بعد قبوله

إذا قبل المقر له الإقرار ثم رجع ورده بعد ذلك، فلا خلاف فى أن الإقرار لا يبطل ولا يرتد بهذا الرد، بل يبقى صحيحاً وملزماً للمقر، لأن المال المقر به صار ملكاً خاصاً للمقر له بقبوله أولاً، ونفى الإنسان ملكه عن نفسه عند عدم المنازع لا يصح، لكن إذا تصادق المقر والمقر له على عدم الحق، فإنهما يؤخذان بما تصادقا عليه ويسقط الإقرار^(٢).

خامساً: قبول الإقرار بعد رده

إذا رد المقر له الإقرار وكذب المقر فى إقراره، ثم عاد فقبل الإقرار وكذب نفسه، فهل يصح قبوله ويأخذ المال المقر به أو لا يصح. جمهور الفقهاء على أنه لا يصح قبوله ولا شئ على المقر، لأن وجود المال فى يد المقر يشعر بالملك له ظاهراً، وإقراره به للمقر له طارئ، وقد عارضه تكذيبه فسقط والساقط لا يعود^(٣).

وغايته أن الحنفية استثنوا ما إذا كان الحق المقر به يتعلق بهما جميعاً ولم يكن المقر قد صدق المقر له على إنكاره، فإنه يجوز له أن يرجع عن تكذيبه وإنكاره إلى تصديق المقر، كما فى البيع والنكاح، لأن المقر ما يزال على العقد معترفاً به، والمقر له لا ينفرد بفسخه، لأن الحق لهما، لكن

(١) لسان الحكام ص ٢٦٧، المغنى والشرح ج ٦ ص ٣٢٧، ٣٣٤، البحر الرائق ج ٧ ص ٣٨.

(٢) البحر الرائق ج ٧ ص ٣٨.

(٣) المغنى والشرح ج ٥ ص ٢٩٠، ٢٩١، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٢، البحر الرائق ج ٧ ص ٣٨، أقرب المسالك ج ٢ ص ١٩٠، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٥٣، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٤٢.

لو صدقه المقر على تكذيبه وإنكاره، فإن العقد يفسخ ولا يبق له وجود، فلا ينفعه التصديق بعد ذلك^(١).

وذهب المالكية في قول والحنابلة في رواية، إلى أن المال يدفع إلى المقر له، لأنه يدعيه ولا منازع له فيه^(٢).

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن الإقرار هو الأول وقد ارتد برده.

وغايته أن المقر لو صدق المقر له، فإن الإقرار يصح استحساناً، كما يقول الحنفية، لاحتمال أن يكون المقر له كذب المقر بغير حق لغرض من الأغراض ثم انقطع عنه ذلك الغرض، فرجع إلى تصديقه فيقبل منه. أو يعتبر تصديق المقر له، كأنه إقرار جديد كما يقول الشافعية.

(١) البحر الرائق ج ٧ ص ٣٦، ٣٧.
(٢) المغنى والشرح ج ٥ ص ٢٩٠، ٢٩١، أقرب المسالك ج ٢ ص ١٩٠.

المبحث الرابع

فى

صيغ الإقرار وما يترتب عليها من حقوق وأحكام

الوسائل التى تتحقق بها صيغة الإقرار هى : اللفظ والكتابة والإشارة والسكوت وذلك تبعا لحال المقر، وفيما يلى نتكلم عن كل وسيلة من هذه الوسائل وما يترتب عليها من حقوق للمقر له.

أولا : اللفظ

يعتبر اللفظ الوسيلة الأولى التى يتحقق بها الإقرار ولذلك لم يختلف أحد من الفقهاء على العمل به.

وينقسم اللفظ إلى قسمين : صريح ودلالة.

اللفظ الصريح : هو ما يدل صراحة على الإخبار بثبوت الحق المقر به للمقر له نحو أن يقول : لفلان على ألف درهم، فإن هذه العبارة موضوعة للدلالة صراحة على ما ذكر، لأن كلمة على كلمة إيجاب لغة وشرعا، قال تعالى : ﴿ولله على الناس حيم البيت من استظلام إليه سبيلا﴾.

ومثال ذلك : ما إذا قال رجل لآخر : لى عليك ألف درهم أو قال

المدعى للمتهم أقتلت فلانا فقال له : نعم، لأن كلمة نعم وقعت جوابا للكلام الأول الصادر من الرجل أو من المدعى، وجواب الكلام يتضمن إعادة له فكأنه قال له : نعم لك على ألف درهم، ونعم قتلت فلانا.

وكذلك إذا قال لفلان فى ذمتى ألف درهم، لأن ما فى الذمة هو الدين، فيكون إقرارا بالدين^(١).

(١) بلغة السالك جـ ٢ ص ١٩١، الفتح على الهداية جـ ٦ ص ٢٨١، المغنى والشرح جـ ٥ ص ٢٩٢، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٤٣.

اللفظ الدلالي : يكون اللفظ دالا على الإقرار إذا كان غير موضوع

بحسب معناه اللغوي لإفادة الإخبار بثبوت الحق المقر به للمقر له، إلا أنه يستلزم ذلك ويدل عليه نحو أن يقول رجل لآخر : لى عليك ألف درهم فيقول له : قد قضيتها لك أو نحو ذلك، لأنه بهذا القول يكون مقرا للرجل بالألف درهم، لأن قضاءه الدين هو تسليم مثل الواجب فى ذمته، فأخبره بأنه قضى الألف درهم، يستلزم إقراره بأنها كانت ثابتة فى ذمته، فيكون مقرا بها مدعيا أنه قضاها، فيؤخذ بالإقرار ولا يصدق فى إدعاء الإبراء إلا بدليل على ما ذهب إليه بعض الفقهاء، أو يصدق فى كلامه كله، الإقرار والإدعاء على ما ذهب إليه البعض الآخر من الفقهاء وهو الراجح كما ذكرنا من قبل.

هذا وإذا كان الإقرار يتحقق فى الحقوق المالية باللفظ الصريح أو الدلالي على ما ذكرنا إلا أن الفقهاء اتفقوا على أنه يشترط فى الحدود الخالصة أو القصاص، أن يكون الإقرار صريحا ظاهر الدلالة لا لبس فيه ولا غموض، بحيث لا يحتمل إلا فهما واحدا، ذلك لأن الإقرار الذى يحتمل التأويل أو يثير الشك يورث شبهة، والحدود والقصاص تدرا بالشبهات، وبناء على ذلك فيشترط فى الإقرار بالحد أو القصاص أن يكون اللفظ صريحا.

ثانيا : الإشارة

أ- القادر على الكلام

جمهور الفقهاء على أن القادر على الكلام، لا يصح إقراره بالإشارة ولو كانت مفهومة، لأن دلالة الإشارة دلالة ضرورية، ولا ضرورة فى حق القادر على النطق.

وغايته أن الحنفية قيدوا عدم الصحة بما إذا لم يكن هناك داع للعدول عن النطق.

أما إذا كان هناك موجب للعدول عن النطق، كما فى الإقرار بالنسب، فإنه يصح الإقرار.

فلو قيل لرجل : هذا ابنك وأشير إلى غلام مجهول النسب يولد مثله لمثله، فأشار برأسه، أى نعم، كان مقرا بنسبه بمقتضى هذه الإشارة ويعامل بذلك، لأن، الشارع يتشوف ويتطلع إلى ثبوت النسب حتى لا يضيع الولد. وذهب المالكية فى المشهور، إلى أنه يصح أن يكون الإقرار بلفظ صريح ويصح أن يكون بلفظ غير صريح يفهم منه إرادة الإقرار كالإشارة ولو من القادر على الكلام، إلا إذا كان الإقرار خاصا بعقد النكاح فلا يجوز، لماله من الأهمية والخطورة^(١).

هذا وقد نص الحنابلة على أن القادر على الكلام لو كان مريضا وعاجزا عن الكلام، وادعى عليه شخص بدعوى فأما برأسه - أى نعم - لم يحكم بها عليه فى الحالة الراهنة حتى يقول بلسانه لأنه ناطق بالقوة فأشبهه الناطق بالفعل^(٢).

ب- الأخرس

الخرس قد يكون أصليا بأن ولد الطفل وبه هذه الآفة وهو الأبكم، وقد يكون طارنا كمن اعتقل لسانه بسبب المرض أو غيره^(٣).

الخرس الأصلى

١- لا خلاف على أن من كان خرسه أصليا ولا يعرف القراءة والكتابة وليس له إشارة معلومة، أن إشارته لغو لا حكم لها، فلا يصح بها إقراره ولا غيره.

(١) شرح الخرشي ج٣ ص ٣١١، ج٥ ص ٤١١، مواهب الجليل ج٤ ص ٢٢٩،

بلغه السالك ج٢ ص ١٩٢.

(٢) شرح الزركشى ج٧ ص ٣٩٣.

(٣) اعتقل لسانه بضم التاء، فتحهما : حبس، أى منع من الكلام فلم يقدر عليه.

٢- لا خلاف على أن من كان خرسه أصليا ولا يعرف الكتابة، لكن له إشارة معلومة ومفهومة لدى الكافة، أن إقراره فيما عدا الحدود الخالصة لله تعالى، يكون صحيحا ومؤاخذا به، لأن تعبيره إنما يحصل بذلك عرفا فهي كاللفظ من قادر عليه، وغايته كما يقول الشافعية: أن إشارته قد تكون صريحة وذلك إذا كانت مفهومة للكافة، وقد تكون كناية إذا اقتصر فهمها على الفطن من الناس^(١).

أما إذا كان إقراره بحد خالص لله تعالى، فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، يصح إقراره به بإشارته المعهودة كسائر أقاريره، لأن الإشارة المفهومة تشعر بالالتزام بالحق فيؤخذ به ويعامل بمقتضاه. وذهب الحنفية إلى أن إقراره بالإشارة لا يصح في الحدود الخالصة لله تعالى، لأن الحدود تقوم على صريح البيان، والإشارة فيها شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، بخلاف ما كان من الحدود مشتركا كحد القذف، فإنه يعامل بإشارته المعهودة كسائر الأقارير^(٢).

٣- إذا كان الأخرس قادرا على الكتابة، فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء يصح إقراره بأية وسيلة منهما، فيستوى أن يقر بالكتابة أو أن يقر بالإشارة، لأن كل واحدة منهما حجة ضرورية فاستويا، فإذا أتى بأية واحدة منهما على انفرادها، فإنها تقبل ويعمل بها ولا تقدم إحداها على الأخرى^(٣).

وذهب الشافعية في قول والحنفية في رواية، إلى أن الأخرس القادر على الكتابة لا يصح إقراره بالإشارة ولو كانت مفهومة، لأن المعتبر في

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣٨، ٣٣٩.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٢٣، مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٥٠.

(٣) المغنى ج ٦ ص ٥٢٩، شرح الخرشي ج ٥ ص ٤١١، رد المحتار ج ٥ ص ٦٤٤، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٥١، كشف القناع ج ٦ ص ٤٤٨.

حقه حينئذ الكتابة لأنها أضبط وأبعد عن الشبهة، ولاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة^(١).

والراجح ما ذهب إليه الشافعية في قول والحنفية في رواية، لأن دلالة الكتابة على المقصود أدق وأحكم، لأنه لا لبس فيها ولا احتمال، بخلاف الإشارة، ولأن قصد البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا، ومن ثم يفهم المقصود بلا شبهة، بخلاف الإشارة فإن فيها نوع إبهام.

ثانيا : الخرس الطارئ

اختلف الفقهاء فيمن اعتقل لسانه بعد أن كان قادرا على الكلام بسبب مرض أو غيره في صحة إقراره بالإشارة.

فذهب الحنفية والحنابلة إلى أن إقراره لا يصح لا بالإشارة ولا بالكتابة إلا إذا امتدت عقلته.

لأن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة وذلك في الأخرس دون المعتقل، ولأن الضرورة في الأصلى لازمة وفي العارض على شرف الزوال إلا إذا عهدت الإشارة بالامتداد فحينئذ يكون بمنزلة الأخرس.

ولأن الكتابة حجة ضرورية، ولا ضرورة في حق من اعتقل لسانه لأنه على قرب من قدرته على الكلام، وعدم الاعتداد بكتابته مقيد كما يقول ابن عابدين في رد المحتار، بما إذا كانت غير مرسومة أى غير مكتوبة على ما جرت به العادة.

أما إذا كانت كتابته مستبينة ومرسومة على ما جرت به العادة، فإنها تكون كالنطق.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣٨، تكملة الفتح على الهداية ج ٨ ص ٥١٣، ٥١٤، ج ٣ ص ٤٢.

وذهب الشافعية والمالكية، إلى أن إقراره يصح بالإشارة المفهومة أو الكتابة، لأنه عاجز عن النطق وصار كالأخرس الأصلي، فإذا أقر في هذه الحالة بإشارة مفهومة أو كتب إقراره بيده كان إقرارا صحيحا. هذا وقد اختلف فقهاء الحنفية في قدر الامتداد، فقليل مدة الامتداد شهر وقيل ستة أشهر وقيل سنة.

وفى رواية عن أبي حنيفة : إذا دامت العقلة إلى وقت الموت، يجوز إقراره بالإشارة ويجوز الإشهاد عليه، لأنه عاجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله، فكان كالأخرس الأصلي، قالوا وعليه الفتوى. وعلى ما عليه الفتوى إذا صدرت منه إشارة يفهم منها أنه أراد الإقرار بشيء، ثم زال المانع من عدم النطق، فإن ما سبق لا اعتبار له ويصير كأن لم يكن، ويجب عليه إن أراد أن يقر فليقر بإقرار جديد. وأما إذا مات وهو عاجز عن النطق، فإن إقراره يكون صحيحا وناظرا^(١).

أما على ما ذهب إليه الحنابلة، فإن المعول عليه في ذلك هو اليأس من نطقه^(٢).

ثالثا : الكتابة

المستقرئ للنصوص الفقهية في المذاهب الأربعة في الكتب المعتمدة يستبين له أن فقهاء المذاهب الأربعة اختلفوا في حجية الإقرار بالكتابة المجردة عن الشهادة على قولين :

القول الأول : أن الكتابة بذاتها ليست حجة شرعية ولا يصح

الإقرار بها.

(١) استثنى بعض فقهاء الحنفية : المريض إذا طال عليه الاعتقال، فإنه كالأخرس.

(٢) شرح الزركشي ج ٧ ص ٣٩٣.

ذهب إلى ذلك : الشافعية في المشهور من المذهب كما ذهب إليه بعض فقهاء المذاهب الأربعة^(١).

القول الثاني : أن الكتابة بذاتها حجة شرعية والإقرار بها صحيح.

ذهب إلى ذلك : جمهور فقهاء المذاهب الأربعة^(٢).

استدل القائلون بعدم حجية الكتابة بذاتها بعدة أدلة منها.

١- أن الخطوط تتشابه بحيث يصعب تمييزها، فقد ترى الخطيين فتظن بل تجزم بأن كاتبهما واحد والواقع خلاف ذلك، بل قد يرى الرجل خطأ فيعتقد أنه خطه مع أنه ليس بخطه.

فإذا كانت هذه حال الخطوط من التشابه وعدم التفرقة بينها، فلا تكون حجة، لاحتمال تزويرها وافتعالها، وهذا الاحتمال وحده كاف في سقوط حجيتها وإن لم تكن كذلك في الواقع ونفس الأمر، لأن الدليل متى تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

ولهذا قال الشعبي : لا تشهد أبدا على شيء حتى تذكره، فإن من شاء انتقش خاتما ومن شاء كتب كتابه، وأما ما ورد من الآثار الدالة على الأخذ بالخط، فإنما كان ذلك والناس ناس أما الآن فلا.

أجيب على هذا الدليل :

بأن تشابه الخطوط لا يقدر في اعتبارها حجة، لأن التشابه نادر وقليل فلا يبنى عليه حكم مطلقا، إذ من المتفق عليه أن النادر لا حكم له. ولأن تشابه الخطوط كتشابه الصور والأصوات، وقد جعل الله تعالى في خط كل إنسان ما يتميز به عن خط غيره كما جعل له ما يتميز به

(١) مغنى المحتاج ج٢ ص ٢٤٤.

(٢) تبصرة الحكام ج٢ ص ٥١، كشف القناع ج٦ ص ٤٤٨، لسان الحكام ص ٢٦٩، معين الحكام ص ١٢٥، مغنى المحتاج ج٢ ص ٢٤٤، البحر الرائق ج٧ ص ٤٢، ٤٣، ٦٩، ٧٢.

صورته عن صورة غيره وصوته عن صوت غيره، ووقوع الاشتباه لو كان مانعا من الأخذ بالخط لكان مانعا من قبول شهادة الأعمى فيما طريقه السمع، مع أن الأدلة متضافرة تقرب من القطع على قبولها إذا عرف الصوت، وتشابه الأصوات إن لم يكن أعظم من تشابه الخطوط فليس دونه. وقد وجد الخبراء والأخصائيون في معرفة الخطوط وتمييز الأصلية منها والمقلد، ووضعت العقوبات الرادعة لمن يرتكب جريمة التزوير.

وإذا كانت الكتابة عرضة للتزوير، فإن الشهادة كذلك أيضا، بل إن احتمال التزوير في الكتابة أقل منه في الشهادة، وهذا أمر مشاهد يدركه كل من زاول مهنة القضاء.

٢- استدلوا ثانيا - بأن الكتابة قد تكون للتجربة أو اللعب والتسلية، فلا تكون حجة لمخالفتها للواقع وعدم إرادة مدلولها، وقد قال الفقهاء : إن الأمور بمقاصدها ومعانيها لا بألفاظها ومبانيها.

أجيب على هذا الدليل : بأنه نادر وبعيد جدا ولا يتصور من عاقل أن يجرب خطه بكتابة إقرار على نفسه لآخر أو يلعب بكتابة عقد أو التزام منه لآخر، ومجال التجربة أو التسلية أمامه واسع فسيح فعنده حكم الحكماء : وأمثال البلغاء وغير ذلك من سائر ما لا يكون فيه إلزام عليه.

٣- استدلوا ثالثا - بأن حجج الشرع ثلاث هي : الإقرار والبينة والنكول، فاعتبار الخط حجة تزيد في الدين وإتيان بأمر ليس منه، وذلك غير مقبول لقوله ﷺ : "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد".

أجيب على هذا الدليل بوجهين :

الوجه الأول : أن الخط إقرار كتابي فهو داخل ضمن الإقرار الذي هو حجة شرعية ولا فرق بين أن يقر الشخص بلسانه أو يقر بخطه وقلمه

فكلاهما يعبر عما فى الذمة من حقوق ويدل دلالة قاطعة على التزام المقر بما أقر به بلسانه أو يده.

الوجه الثانى : أن البينة ليست الشهادة، بل هى كل ما يبين الحق ويظهره، شهادة أو يمينا أو إقرارا أو إشارة أو كتابة أو قرينة أو غير ذلك، ومن ثم لا تكون حجج الشرع محصورة فى الإقرار باللسان والشهادة والنكول.

واستدل القائلون بحجية الخط بالقرآن والسنة والمعقول أولا : القرآن الكريم

قال الله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ وقال : ﴿وليكتب بينكم كاتب بالعدل﴾ وقال ﴿ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله﴾^(١).

وجه الدلالة

فى هذه الآيات، يأمر الله تعالى المؤمنين أمرا متكررا بصيغ مختلفة، أن يكتبوا معاملاتهم إذا كانت بدين، ولا معنى للأمر بكتابتها إلا لتكون الكتابة وسيلة لإثبات الدين عند جوده ولا تكون كذلك إلا إذا كانت حجة يجب الأخذ بها.

فحجية الكتابة ثابتة من هذه النصوص القرآنية.

ثانيا : السنة النبوية

١- قال ﷺ فيما رواه البخارى ومسلم : "ما حق امرئ مسلم له شىء يريد أن يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"^(٢).

(١) من آية المداينة رقم ٢٨٢ سورة البقرة.

(٢) سبل السلام ج٣ ص ١٠٧.

وجه الدلالة من الحديث

فى الحديث حض منه ﷺ على كتابة الوصية، وهذا يستلزم اعتماد الكتابة طريقا لإثباتها، فهى إذن حجة إذ لو لم تكن كذلك لكانت كتابتها عبثا ولا يأمر به الرسول ﷺ.

٢- إذا كانت الكتابة ثابتة بقوله ﷺ، فإنها كذلك ثابتة بعمله، فقد كان عليه الصلاة والسلام يكتب لعماله ويكتب فى المصالحات والأمان وعهود الذمة، ويبلغ رسالته للغائب بالكتابة كما بلغها للحاضر بالمشافهة وبكلا الأمرين لزمت الحجة.

وما كان ﷺ يقرأ الكتاب على حامله، بل كان يدفعه إليه ليوصله إلى المرسل إليه، وهذا دليل على أن الكتابة حجة بذاتها فيما وضعت له، وإلا لما فعلها الرسول ﷺ ولا اعتمدها طريقا لتبليغ الرسالة والدين.

ثالثا: إجماع أهل الحديث

أجمع أهل الحديث على اعتماد الرواى على الخط المحفوظ عنده وجواز التحديث به، إذ لو لم يعتمد على ذلك لضاع الإسلام واضطرب الأمر ولما وصلنا شىء من السنة الصحيحة ولما عرفت الأحكام، إذ ليس بأيدي الناس بعد كتاب الله تعالى إلا ما كتب من السنة فى النسخ المحفوظة، ولولا ذلك لما وصلنا شىء منها لندرة الحفاظ بل لانعدامهم فى بعض الأوقات.

وقد أخذ الخلف أحكام الشريعة عن السلف، وعمدتهم فى ذلك النسخ المكتوبة فيها، فهم إذن مقرون بحجيتها إذ لو لم تكن حجة عندهم ما عولوا عليها فى ذلك مما تكون نتيجته عدم وصول شىء إلينا من أحكام الشريعة.

رابعاً : المعقول

عدم الأخذ بحجية الخط فى معاملات الناس يؤدى إلى الحرج واضطراب الحال وتعطيل كثير من المعاملات وضياع كثير من الحقوق والأموال، وخاصة عند ضعف الدين وفساد الذمم وسوء الخلق.

ولا تغنى الشهود عن الكتابة شيئاً، لأن الشهود العدول لا يتيسر وجودهم فى كل وقت، وإذا وجدوا فقد يغيبون عند الاحتياج إليهم لأداء الشهادة أو ينسون الشهادة أو يموتون أو يغيرون فى شهادتهم محاباة لأحد المتعاملين أو طمعا فى عرض زائل أو خوفاً من بطشه وسلطانة.

هذه هى أقوال الفقهاء وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات، وبالنظر فيها يتبين بجلاء أن أرجحها هو القول بحجية الكتابة واعتبارها قسماً من الإقرار، لثبوت ذلك بالكتاب والسنة والعرف، ولما فيه من المصلحة وحفظ حقوق الناس وأموالهم، وما أثير من شبهات حول حجية الكتابة، فلا عبرة له ولا يعول عليه، لأنها شبهات ضعيفة ونادرة وفى الإمكان تلافيها والتغلب عليها.

إن القول بعدم حجية الكتابة قول قليل فى زمن غير هذا الزمن، قيل فى زمن كان الناس فيه متمسكين بدينهم حريصين على قول الصدق وأداء الشهادة بالحق، لا يعرفون للكذب سبيلاً ولا لشهادة الزور طريقاً، فكانت لذلك المعاملات مأمونة والحقوق مكفولة.

أما الآن فقد تفشى الكذب وشاعت شهادة الزور حتى اتخذها بعض الناس مهنة له، فليس من العدل والحالة كذلك، إهدار حجية الكتابة مع ما توصل إليه العلم الحديث من إمكانية نسبة الكتابة إلى كاتبها على وجه يفيد القطع واليقين.

هذا وبناء على هذا الراجح فإن الإقرار بالكتابة، يكون صحيحاً وملزماً ما دامت الكتابة مستبينة ومرسومة على ما جرى به العرف المتبع

سواء أشهد عليها أو لم يشهد لعموم أدلة حجيّتها وعدم تقييدها بالإشهاد، ولأن الشهادة على الكتابة أمر زائد لا يقصد به إلا زيادة التوثيق والتأكد ودفع شبهة التزوير والتجربة، وهذه أمور يمكن كشفها وتلاقيها والتغلب عليها بدون الإشهاد^(١).

(١) قسم فقهاء الحنفية الكتابة إلى ثلاثة أقسام :
القسم الأول - الكتابة المرسومة المستبينة، الثاني - الكتابة المستبينة غير المرسومة. الثالث - الكتابة غير المستبينة.
والكتابة المرسومة هي : المعنونة على ما جرى به العرف المتبع، كان يكتب من فلان إلى فلان بن فلان، أو وصلني أنا فلان بن فلان ألف درهم أو بئمتي فلان ألف درهم ونحو ذلك.
والكتابة المستبينة : هي الظاهرة المقررة.
أما الكتابة المستبينة غير المرسومة فهي الكتابة على الحائط أو أوراق الشجر أو على صحيفة أو مجلة أو قرطاس ولكن على غير المعتاد.
وأما الكتابة غير المستبينة فهي الكتابة على الماء أو في الهواء.
والقسم الأول حجة مطلقا كالنطق تماما، وهو ملحق بالصريح من القول فيأخذ حكمه.

يؤكد ذلك صاحب الفتح على الهداية فيقول : كتب إلى آخر رسالة من فلان إلى فلان : كتبت تنقضي الألف التي لك علي، وكنت قضيتك منها خمسمائة وبقي علي خمسمائة، أو كتب إلى زوجته قد بلغني كتابك تسأليني الطلاق، فأنت طالق، لزمه المال وطلقت زوجته ساعة كتابته، وإذا قال لم أرد الإقرار أو الطلاق لا يدينه القاضي، أي لا يقبل منه قوله، بل يقضى عليه كما لو قال باللفظ ويدين فيما بينه وبين الله تعالى.

وأما القسم الثاني - فهو من باب الكنايات، فلا يكون حجة إلا بضملم شيء آخر إليه كالنية أو الإشهاد عليه أو الإملاء على الغير حتى يكتبها.
وقيل أن الإملاء بلا إشهاد غير معتبر، لكن الأظهر اعتباره، وذلك لأن الكتابة في هذا النوع قد تكون للتجربة أو التسلية، ولتضملم هذه الأشياء ينتفي هذا الاحتمال ويتعين المراد، فمناطح حجة هذا النوع من الكتابة هو انتفاء احتمال التجربة أو اللعب أو نحو ذلك، مما يبعد الكتب عن إرادة ملول الكلمات التي يكتبها، فإن وجد ما ينفي هذا الاحتمال كان حجة، وهذا النافي إما أن يكون شيئا زائدا على الكتابة كالإشهاد أو الإملاء على الغير ونحو ذلك، وإما أن يكون طبيعيا أي من شأن الكاتب عدم الكتابة للتجربة أو اللهو، كأن يكون سمسارا أو تاجرا أو صرافا، فقد نص الفقهاء على اعتبار كتابة كل من هؤلاء حجة فيما يكتبه على نفسه وإن لم يكن معنونا متى كان خطه معروفا بين الناس، لأن هؤلاء لا يكتبون في دفتريهم إلا ما لهم وما عليهم ولا يكتبون للهو أو تجربة.

وأما القسم الثالث - فهو لغة بمثابة كلام غير مسموع، فلا يثبت به شيء من الأحكام وأن نوى. انظر الفتح على الهداية ج ٥ ص ٥١١ وما بعدها مسانئ شتى. وجب بلب الإقرار، مجمع الأثر ج ٢ ص ٧٣٢ مسانئ شتى.

جاء فى واقعات المفتيين من كتاب الإقرار لعبد القادر بن يوسف الشهير بقدرى أفندى الحنفى ما نصه : إذا كتب شخص ورقة بخطه أن فى ذمته لشخص كذا ثم ادعى عليه فجحد المبلغ واعترف بالخط ولم يشهد عليه أجاب : إذا كتب على رسم الصكوك يلزمه المال.

وقال إسحاق بن إبراهيم قلت للإمام أحمد رحمه الله : الرجل يموت

وتوجد له وصية تحت رأسه من غير أن يكون قد أشهد عليها أحدا، فهل يجوز إنفاذ ما فيها قال : إن كان عرف خطه وهو مشهور الخط فإنه ينقذ، قال الزركشى نص عليه الإمام أحمد رضى الله عنه تعالى واعتمده الأصحاب.

وصرح أصحاب أحمد أيضا، بأن الوارث إذا وجد فى دفتر مورثه أن لى عند فلان كذا، جاز له أن يحلف على استحقاقه وكذلك إذا وجد فى دفتره أنى أدبت إلى فلان مالا، جاز له أن يحلف على ذلك إذا وثق بخط مورثه.

كذلك نسب إلى أصحاب الشافعى أنهم صرحوا بمثل ما صرح به أصحاب أحمد فى دفتر المورث الذى يجده وارثه مكتوبا فيه ما تقدم، ومثل ذلك ما إذا وجد فى صندوق الميت صرة دراهم مكتوب عليها، هذه أمانة فلان الفلانى، فإن العادة تشهد بأنه لا يكتب بخطه ذلك على دراهمه.

كذلك يستوى فى حجية الكتابة أن تكون بخط المقر أو بخط غيره وعليها ختمه أو توقيعه يقول الحصفكى فى الدر المختار : والأمر بكتابة الإقرار إقرار حكما.

ويقول السرخسى : لو قال للصكاك اكتب خطا على لفلان بألف

درهم أو اكتب خطا ببيع هذه الدار بألف درهم من فلان أو اكتب لامراتى صك الطلاق، كان إقرارا بالمال والبيع والطلاق^(١).

(١) لسان الحكام ص ٢٦٧.

وكذلك يستوى أن يكون المقر له حاضرا أو غائبا، فلو كتب للغائب رسالة وقال له فيها : لك على مبلغ ألف درهم، كان ذلك إقرارا منه، لأن الكتابة من الغائب كالخطاب من الحاضر^(١).

رابعاً: السكوت

من القواعد الفقهية المقررة : لا ينسب لساكت قول، إلا أن الفقهاء استثنوا بعض المواضع فجعلوا السكوت فيها إقرارا بالحق، كما يجعل المتكلم مقرا بالحق بكلامه ومن ذلك :

١- سكوت البكر عند استنمار وليلها لها قبل التزويج وبعده عند علمها به إذا زوجها الولي، يكون سكوتها رضا بالزواج كقولها رضيت.

٢- سكوت الشفيع بعد علمه بالبيع يعتبر رضا وتنازلا عن حق الشفعة.

٣- سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد بعد الولادة، يعتبر إقرارا منه بنسبه وأنه ولده، فليس له بعد ذلك أن ينفي نسبه كما لو أقر.

٤- سكوت من خوطب بدين عليه أمام شهود، كما لو أتى رجل إلى قوم فقال : اشهدوا أن لى كذا وكذا على هذا الرجل والرجل ساكت ولم يسأله الشهود عن شيء فلما طولب أنكر، لزمه ما قاله الرجل لسكوته^(٢).

٥- بيع تركة الميت وقسمتها وغريمه حاضر ساكت، يعتبر تنازلا عن حقه، إلا إذا كان له عذر^(٣).

(١) لسان الحكام ص ٢٦٩، الطرق الحكيمة ص ٢٠٦.

(٢) خلافا للملكية في أظهر القولين حيث جاء في أقرب المسالك ج ٢ ص ١٩٢ ما نصه : إذا قال له : لى عليك مائة فسكت فعلى الخلاف هل يعتبر سكوته إقرارا أو لا يعتبر، والأظهر أنه ليس بإقرار. بنصرة الحكام ج ٢ ص ٥٢ معين الحكام ص ١٦٠.

(٣) والسكوت المشار إليه هو السكوت الذى تتحقق به صيغة الإقرار، وهذا السكوت غير سكوت المدعى عليه عند توجيه اليمين إليه من القاضى، لأن ذلك السكوت يعتبر نكولا وامتناعا. حكما عند إجابة القاضى، وهل يقضى عليه القاضى بالنكول أم لا وبخاصة فى المواد الجنائية، تتوقف الإجابة على ما يجوز الحلف فيه وما لا يجوز وسيأتى تفصيل ذلك.

٦- سكوت من وكل بشيء وباشره، يكون قبولا للوكالة.

٧- السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب، إقرار بالعيب، فلو قال رجل
لآخر : هذا الحيوان معيب فسمعه وسكت، ثم أقدم مع ذلك على شرائه
فهو رضا بالعيب.

هذا وإذا كان السكوت يتحقق به الإقرار فى هذه المسائل وما
شابهها، إلا أن القاعدة تبقى هى الأصل، لا ينسب لساكت قول، وأنه لا
يعدل عنها إلا لمعنى خاص، وهذا المعنى يختلف باختلاف الجزئيات
المستثناة.

إن السكوت المجرد بحسب الأصل لا يعد وسيلة من وسائل
التعبير عن الإرادة فى مختلف مجالاتها مادام قد خلا عن نص أو عرف أو
قرينة تعطى دلالة معينة.

أما فى حالة ما إذا كان السكوت قد لازمته قرينة، فإنه يعتبر وسيلة
من وسائل التعبير عن الإرادة، ومن هنا استثنى الفقهاء بعض المسائل من
القاعدة الأصلية: لا ينسب لساكت قول، وأضافوا إليها: ولكن السكوت فى
معرض الحاجة بيان، ومن ثم تكون القاعدة بشقيها: لا ينسب لساكت قول
ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان، متضمنة الأصل فى دلالة السكوت
والاستثناء الوارد عليه.

وقد فسرت مجلة الأحكام العدلية قول العلماء، ولكن السكوت فى
معرض الحاجة بيان، بأن ذلك يعنى أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار
وبيان. (١)

(١) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام - ١ ص ٥٩ لسليم رستم، النظرية العامة
للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية للدكتور صبحى محمصانى - ٢ ص ٥٤.

المبحث الخامس

فى

شروط الصيغة

شروط الصيغة

يشترط فى صيغة الإقرار ما يأتى :

١- أن تكون مفيدة ثبوت الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين، مثل أن يقول شخص لآخر لك عندى ألف درهم، ومثل أن يقول شخص لآخر لى عليك ألف درهم فيقول : نعم أو أجل أو صدقت أو أنا مقر به، لأن هذه الألفاظ ونحوها وضعت للتصديق، وهى جواب صريح أشبه ما لو قال : عندى أو على. أما لو كانت الصيغة مشتملة على ما يفيد الشك أو الظن، فإن الإقرار يكون باطلا، فلو قال شخص لآخر : لك عندى ألف درهم فيما أظن أو أحسب، أو قال شخص لآخر : لى عليك ألف درهم فقال له : يجوز أو عسى أو لعل أو نحو ذلك، فلا يكون تصديقا ولا إقرارا، لأن هذه الألفاظ تفيد الشك فلم يصح بها الإقرار^(١).

ولو قال شخص لفلان على ألف درهم فيما أعلم أو فى علمى، فعلى ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة والمالكية فى قول وأبو يوسف من الحنفية، يكون إقرارا صحيحا، لأن ما عمله لا يحتمل غير الوجوب بخلاف ما ظنه. وذهب الحنفية فى ظاهر المذهب والمالكية فى قول، إلى أن الإقرار بهاتين العبارتين لا يصح ولا يلزم المقر بشىء، لأنهما عبارتان تفيدان التردد عرفا، والإقرار لا يصح مع التردد^(٢).

(١) خلافا للمالكية فى قول سحنون فى قول المقر : فيما أظن أو فيما حسبت، تبصرة الحكام ج٢ ص ٥٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص ٤٠٣.

(٢) المغنى والشرح ج٥ ص ٣٤٨، تكملة المجموع ج١٨ ص ٥٤٢، لسان الحكام ص ٢٦٨، معين الحكام ص ١٢٧، أقرب المسالك ج٢ ص ١٩٢، حاشية الدسوقي ج٣ ص ٤٠٣.

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن ما على الشخص فى علمه لا يحتمل إلا الوجوب، فلزمه ما أقر به.

٢- أن تكون منجزة، أى موجبة للحق فى الحال، كما لو قال شخص لآخر : لك عندى ألف درهم.

أما لو كانت الصيغة معلقة على شرط وهو على خطر الوجود يوجد أو لا يوجد ومما يمكن الوقوف عليه عند وجوده فلا يصح الإقرار كما لو قال : عندى لفلان ألف درهم إن بشرت بولد أو إن أصبت مالا أو إن قدم فلان من السفر ونحو ذلك من كل إقرار علق على شرط فى وجوده خطر، لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالخطر، لأن التعليق بما فيه خطر يمين، والإقرار لا يحلف به.

ولأن المقر لم يثبت على نفسه شيئا فى الحال، وإنما علق ثبوته على شرط، الإقرار إخبار سابق فلا يتعلق بشرط مستقبل، ولأن مالا يلزمه لا يصير واجبا عليه، وعدم صحة الإقرار المعلق على شرط مقيد بما إذا وصل الشرط بالكلام، فلو فصل بغير عذر لم يعتبر الإقرار معلقا على شرط ويكون كالمنجز فى ثبوت الحق فى الحال^(١).

أما لو قال المقر على لفلان ألف درهم إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس أو إذا جاء عيد الأضحى، فعلى ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة فى وجهه، يكون إقرارا صحيحا ويلزم به المال المقر به للمقر له، وعلل الحنفية صحة الإقرار فى هذه الصور وما مائلها، بأن الشرط المعلق عليه الإقرار فى هذه الصور فى معنى بيان المدة وذلك من حيث العرف، لأن عادة الناس جرت بذكر هذه الأشياء محل الأجل لا غير، لأن الدين المؤجل يصير حالا بمجئ رأس الشهر أو عيد الفطر أو عيد الأضحى وكلها من

(١) تكملة المجموع جـ ١٨ ص ٥٤٢، ٥٤٣، تكملة الفتح على الهداية جـ ٦ ص ٣١٥، كشف القناع جـ ٦ ص ٤٦٢، المغنى والشرح جـ ٥ ص ٣٥٣، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٥٤، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٥٥.

آجال الناس، فتركت الحقيقة للعرف، فيكون ذكر المقر لهذه الأشياء تأجيلا إلى الأوقات المذكورة وليست تعليقا بالشرط، حتى لو كذبه المقر له في الأجل، يكون المال حالا، لأن دعوى الأجل من المقر غير مقبولة ويستحلف المقر له، لأنه يكون منكرا والقول قول المنكر مع يمينه، إلا إذا ثبت الأجل بالبينة أو تصديق المقر له.

وذهب الشافعية والحنابلة في وجه إلى أن الإقرار بهذه العبارات لا يصح، لأن المقر علق الإقرار على لفظ يصلح للإقرار ويصلح للوعد، فلا يكون إقرارا مع الاحتمال.

وغايته أن الشافعية قبحوا عدم صحة الإقرار بهذه العبارات بما إذا لم يكن المقر قاصدا التأجيل، أما إذا كان قاصدا بها التأجيل، فإن الإقرار يكون صحيحا ويلزمه^(١).

٣- تكرار صيغة الإقرار بالزنا وبالسرقة وبالشراب أمام الحاكم.

أولا : الزنا

اختلف الفقهاء في تكرار صيغة الإقرار بالزنا أمام القاضي على قولين :

القول الأول : أن صيغة الإقرار بالزنا يجب أن تتكرر أربع مرات.

ذهب إلى ذلك : الحنفية والحنابلة^(٢).

القول الثاني : أن صيغة الإقرار بالزنا مرة واحدة.

ذهب إلى ذلك : المالكية والشافعية^(٣).

(١) المغنى ج ٥ ص ٣٥٣، تكملة الفتوح على الهداية ج ٦ ص ٤١٣، المقنع ج ٣ ص ٤٦٣، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٥٥.

(٢) المقنع ج ٣ ص ٤٦٣، الاختيار لتعليل المختار ج ٤ ص ٨٢، شرح الزركشى ج ٦ ص ٢٩٣، ٢٩٧.

(٣) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٥٥، تكملة المجموع ج ١٨ ص ٤١٣.

استدل القائلون بتكرار الصيغة بما رواه البخارى ومسلم عن أبى هريرة قال : "أتى رجل رسول الله ﷺ وهو فى المسجد فناداه فقال : يا رسول الله إنى زنيت فأعرض عنه حتى رده عليه أربع مرات، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه النبى ﷺ، فقال : أبك جنون؟ قال لا، قال : فهل أحصنت قال : نعم، فقال النبى ﷺ : اذهبوا به فارجموه" وفى رواية لمسلم عن جابر بن سمرة قال : "رأيت ما عز بك مالك حين جىء به إلى النبى ﷺ وهو رجل قصير أعضل ليس عليه رداء، فشهد على نفسه أربع مرات أنه زنا" وفى رواية لأبى داود عن ابن عباس قال : "جاء ماعز بن مالك إلى النبى ﷺ، فاعترف بالزنا مرتين فطرده، ثم جاء فاعترف بالزنا مرتين فقال : شهدت على نفسك أربع مرات اذهبوا به فارجموه" (١).

وجه الدلالة

دللت هذه الأحاديث على أنه يشترط فى الإقرار بالزنا أن يكون أربع مرات، فإن نقص عنها لم يثبت الحد.

واستدل القائلون بأنه يكفى فى الإقرار بالزنا مرة واحدة.

بما رواه البخارى ومسلم فى قصة العسيف وهو الأجير الذى اعترف بالزنا بامرأة من كان يعمل له وقوله ﷺ لأنيس، رجل من أصحابه: أغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها.

وبما رواه مسلم فى قصة الغامدية من أنه ﷺ أمر برجمها ولم تقر إلا مرة واحدة (٢).

فهذا الحديثان الصحيحان دلا على أن الإقرار بالزنا مرة واحدة فيكفى به.

(١) نيل الأوطار ج ٧ ص ١٠٦، ١١١.

(٢) نيل الأوطار ج ٧ ص ٩٧، ١٢٥.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة، وهو أن الإقرار الذى يستباح به حد الزنا شرطه أن يكون أربع مرات، اثبوتته عن النبى ﷺ، ولأنه لو ثبت بالإقرار مرة واحدة، لما رد ﷺ ماعزا، لأنه لا يجوز له ترك حد وجب لله تعالى.

والاستدلال بحديث العسيف لا يدل على المرة الواحدة، لأن المراد من قوله ﷺ، فإن اعترفت فارجها، الاعتراف المعهود فى الزنا، بناء على أنه كان معلوما بين الصحابة خصوصا من كان منهم قريبا منه ﷺ، فهذا أبو بكر الصديق يقول : كنت عند النبى ﷺ جالسا، فجاء ما عز بن مالك فاعترف عنده مرة فردّه ثم جاء فاعترف عنده الثانية فردّه ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فردّه فقلت له : إنك إن اعترفت الرابعة رجمك، قال : فاعترف الرابعة فحبسه ثم سأل عنه فقالوا : ما نعلم إلا خيرا، قال : فأمر برجمه^(١).

وأما حديث الغامدية فإنه صريح فى أن الرسول ﷺ لم يقم عليها حد الزنا بإقرارها مرة واحدة، وإنما أقيم الحد عليها بدليل آخر وهو حبسها، فالاستدلال به خارج عن محل النزاع.

ونص حديث الغامدية كما رواه مسلم والدارقطنى عن سليمان بن بريدة عن أبيه : "أن النبى ﷺ جاءته امرأة من غامد فقالت : يا رسول الله طهرنى، فقال : ويحك ارجعى فاستغفرى الله وتوبى إليه فقالت : أراك تريد أن تردنى كما رددت ماعز بن مالك، قال : وما ذاك؟ قالت : إنها حبلى من الزنا، قالت أنت ؟ قالت نعم : فقال لها : حتى تضعى ما فى بطنك".

ولا خلاف بين الفقهاء على أن المرأة لو جاءت حبلى أمام الحاكم ولم تدع الإكراه على الوطء، ثبتت عليها جريمة الزنا ويجب عليها الحد، لأن طرق إثبات الزنا ثلاثة، الإقرار والشهادة والحبل، هذا وقد اختلف

(١) المرجع السابق.

الحنفية والحنابلة في المعول عليه في تكرار الإقرار ، أهو مجلس القاضى أم مجلس المقر.

فذهب الحنفية إلى أنه مجلس المقر، وذهب الحنابلة إلى أنه يستوى أن يقر أربع مرات في مجلس واحد أو مجالس متفرقة. والراجح أن تكرار الإقرار معتبر بمجالس المقر، لأن الذى تغير فى إقرار ما عزم هو مجلسه لا مجلس الرسول ﷺ، كما هو مفهوم الروايات المتعددة وبخاصة ما جاء فى مقالة أبى بكر رضى الله عنه.

ثانيا : السرقة

اختلف الفقهاء فى تكرار الاعتراف بالسرقة على قولين :

القول الأول – أنه لا يشترط تكرار الاعتراف بالسرقة، بل تثبت السرقة باعتراف السارق مرة واحدة.

ذهب إلى ذلك أبو حنيفة ومحمد، والمالكية والشافعية والحنابلة فى رواية^(١).

القول الثانى – أنه يشترط لثبوت حد السرقة، أن يقر السارق مرتين.

ذهب إلى ذلك : الحنابلة فى أشهر الروايتين وأبو يوسف من الحنفية^(٢).

استدل القائلون بالاكْتفاء فى السرقة بالإقرار مرة واحدة، بالسنة وبالمعقول.

(١) بدائع الصنائع ج٧ ص ٥٠، الفتح على الهداية ج٦ ص ٣٦١. شرح الزرقانى

على مختصر خليل ج٨ ص ١٠٨، المغنى والشرح الكبير ج١٠ ص ٢٩١.

(٢) منتهى الإيرادات ج٢ ص ٤٨٨، تبين الحقائق ج٣ ص ٢١٣.

أما السنة :

فاوالة - بما روى عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، أن سارقا أتى به إليه عليه السلام، فقيل : إن هذا سرق عمامة، فقال عليه السلام : ما أخاله سرق، فقال السارق: بلى يا رسول الله، قال : اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه^(١)؛ ثم انتونى به، قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال له : تب إلى الله عز وجل فقال : تبت إلى الله عز وجل، فقال ﷺ : تاب الله عليك، أخرجه عبد الرزاق والبيهقى^(٢).

وجه الدلالة : دل الحديث على أنه يكتفى فى الإقرار بالسرقة على مرة واحدة، ولو كان تكرار الإقرار شرطا، لما أمر عليه الصلاة والسلام بقطعه بمجرد واعترافه، إذ لا يتصور أن يأمر عليه السلام باستيفاء الحد قبل ثبوته على الوجه الشرعى.

ثانيا : ما أخرجه ابن ماجة، أن عمرو بن أبى سمرة أتى النبى ﷺ فقال : يا رسول الله إني سرقت جملا لبنى فلان، فأرسل إليهم الرسول عليه السلام، ليسألهم فقالوا: إنا افقدنا جملا، فأمر به النبى ﷺ، فقطعت يده"^(٣). ولم ينقل أنه أقر أكثر من مرة.

وجه الدلالة : أن أحدا لم ينقل أنه أقر أكثر من مرة، وفى هذا دليل على أن الرسول ﷺ اكتفى من السارق باعترافه مرة واحدة.

(١) الجسم هو الكى بالنار أو وضع اليد فى دهن أو زيت مغلى لتكمش أفواه العروق فيتوقف سيلان الدم، أما الطب الحديث فله وسائله العلمية التى تحسم سيلان الدم.

(٢) مصنف عبد الرزاق ج٧ ص ٣٨٩، السنن الكبرى للبيهقى ج٨ ص ٢٧١ نيل الأوطار ج٧ ص ١٥٢.

(٣) سنن ابن ماجة ج٢ ص ١٢٥.

المعقول

أما المعقول، فهو أن حد السرقة يترتب على ثبوته حق لأدمى،
فيثبت بالإقرار مرة واحدة كحد القذف والقصاص.

ولأن المقر إما أن يكون صادقاً في إقراره الأول، فالثاني لا يفيد
شيئاً، وإما كاذباً فبالثاني لا ينقلب صادقاً^(١).

واستدل القائلون بأنه يشترط في إقامة حد السرقة بالإقرار، أن يقر
السارق مرتين بالسنة وبالمأثور والمعقول.

أما السنة : فما رواه أبو داود وأحمد عن أبي أمية المخزومي، أنه
عليه الصلاة والسلام أتى بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع، فقال ﷺ :
ما أخالك سرفت. فقال: بلى يا رسول الله فأعادها عليه الصلاة والسلام
مرتين أو ثلاثاً، فقال ﷺ : اقطعوه ثم جيئوا به، فقطعوه ثم جاءوا به، فقال
له النبي ﷺ : قل استغفر الله العظيم وأتوب إليه، فقال : استغفر الله العظيم
وأتوب إليه، فقال عليه الصلاة والسلام : اللهم تب عليه^(٢).

وجه الدلالة : دل الحديث على أن الإقرار بالسرقة لا يكفي فيه مرة
واحدة، بل لابد من الإقرار مرتين أو ثلاثاً، وأن أقل ما يلزم به القطع
مرتين، لأن الرسول ﷺ أعاد عليه الإقرار مرتين أو ثلاثاً.
اعترض على وجه الاستدلال بالحديث، بأنه لا يدل على اشتراط
الإقرار بالسرقة مرتين وإنما يدل على أنه يندب للقاضي تلقين المسقط للحد
عنه والمبالغة في الاستنبات، ومما يدل على أن هذا هو المراد من الحديث،
أنه ﷺ قال : لا أخالك سرفت ثلاث مرات أو مرتين، ولم يقل أحد بأنه

(١) الفتح على الهداية ج ٥ ص ٣٦١.

(٢) سنن أبي داود ج ٢ ص ٤٤٧، نيل الأوطار ج ٧ ص ١٥٠.

يشترط ذلك، ولو كان مجرد الفعل يدل على الشرطية، لكان وقوع التكرار فيه **ثلاث** مرات يقتضى اشتراطها^(١).

الآثار

ما رواه الإمام أحمد عن القاسم بن عبد الرحمن عن أمير المؤمنين على رضى الله عنه قال : "لا يقطع السارق حتى يشهد على نفسه مرتين"^(٢).

وجه الدلالة

دل الأثر بنصه الصريح على أن تكرار الإقرار شرط للقطع فى السرقة.

نوتش وجه الدلالة بأمرين :

الأمر الأول : أن ما ذهب إليه الإمام على هو رأى له، ورأى الصحابة ليس حجة ملزمة وبخاصة إذا تعارض مع حديث صحيح.

الأمر الثانى : أن ما روى عن الإمام على لا يدل على تكرار الإقرار، وكل ما فيه أن قال للسارق شهدت على نفسك مرتين، وهذا مجرد إخبار منه رضى الله عنه عما صدر من السارق، لا أنه لم يقبل إقرار السارق إلا إذا كان مكررا.

المعقول

حد السرقة لا يثبت إلا بشاهدين، فكذلك لا يثبت بالإقرار إلا بمرتين كما هو الشأن فى الزنا، فإنه لما لم يثبت إلا بأربعة شهود، لم يثبت بالإقرار إلا بأربع مرات، فكذلك فى السرقة لما لم تثبت إلا بشهادة رجلين، فلا يثبت بالإقرار إلا بمرتين.

(١) نيل الأوطار ج٧ ص ١٥١.

(٢) نيل الأوطار ج٧ ص ١٥١.

نوقش المعقوف، بأنه قياس مع الفارق، لأن التهمة مظنونة في الشهادة وذلك منتف في الإقرار، إذ لا يثبت الإنسان في حق نفسه وبخاصة فيما يؤدي إلى تلف نفسه أو عضو منه.

وأما اشتراط تكرار الإقرار أربعا في الزنا، فإنه لم يثبت بالقياس على الشهادة، وإنما ثبت بنصوص السنة الصحيحة.

ثالثا : الشرب

ما سبق أن ذكرناه من اختلاف الفقهاء بشأن تكرار الإقرار بالسرقة وعدم تكراره هو نفس خلافهم في تكرار الإقرار بحد الشرب وعدم تكراره. فجمهور الفقهاء على أن حد الشرب يثبت بالإقرار مرة واحدة، والحنابلة في رواية وأبو يوسف من الحنفية على أن حد الشرب لا يثبت بالإقرار إلا إذا أقر مرتين.

والراجح في مسألة تكرار الإقرار وعدم تكراره في كل من حدى السرقة والشرب هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن كلا منهما يثبت بالإقرار مرة واحدة، لأن الأصل عدم تكرار الإقرار إلا إذا دل دليل على اشتراط ذلك، لأن الإقرار إخبار والخبر لا يزيد قوة بالتكرار، ولأنه حد لا يتضمن إتلافا فثبت بمرة كما في حد القذف.

المبحث السادس

فى

إقرار المريض

إقرار المريض

يقصد بالمرض هنا: مرض الموت، ومرض الموت هو الذى يخاف منه الهلاك غالباً ويعقبه الهلاك، فشرط مرض الموت أمران : أحدهما أن يغلب فيه الهلاك عادة^(١)، والثانى - أن يعقب مرض الموت الموت مباشرة وسواء أكان الموت بسببه أو بسبب آخر خارجى كقتل أو غرق أو تصادم أو حدوث مرض أشد فتكاً من الأول.

ويلحق بمرض الموت كل ما يقرب الشخص إلى الهلاك كما لو وجد الصحيح فى حالة يغلب فيها الهلاك عادة، وذلك كمن يحكم عليه بالإعدام نهائياً وقدم ليقتل، أو كان فى سفينة تلاطمت عليها الأمواج وخيف الغرق، أو كان أسيراً لدى دولة اعتادت قتل الأسرى، وكالمرأة إذا أخذها الطلق، وكالمشترك فعلاً فى القتال أثناء العمليات الحربية، فإذا تصرف أحدهم وهو فى هذه الحالة ثم مات فعلاً، كان تصرفه كتصرف المريض مرض الموت، لكن إذا أعيد المخرج إلى القتل فاعفى عنه أو رجع المقاتل أو سكن الموج أو ولدت المرأة وسلمت من الطلق أو عاد الأسير، فإنهم جميعاً يعتبرون فى حكم الصحيح، كالمريض إذا برا من مرضه، أى أن فاتهم التى وقعت فى حال اعتبارهم مرضى موت تكون كتصرفات الأصحاء.

(١) من أقعده المرض كمن أصيب بمرض مزمن أو حاد وطال به ومضت سنة فأكثر على إصابته ولم يتغير حاله، فتصرفه بعد السنة كتصرفه فى حال صحته، لأنه حينئذ لا يخاف منه الموت غالباً، فلم يكن مرض موت، إلا إذا تغير حاله من ذلك المرض، بأن اشتد عليه ومات من ذلك التغير، فيسرى عليه أحكام مرض الموت، وسبيل معرفة ذلك الأطباء المتخصصون فى طبيعة الأمراض.

ويترتب على مرض الموت تغيير فى بعض أحكام من يصاب به، حماية للغير من تصرفاته لأنه قد يتصرف وهو مريض تصرفاً يقصد به أضراراً بدائناً أو هروباً وفراراً من وارث، فاقتضت المصلحة وإعطاء كل ذى حق حقه، بأن تختلف بعض أحكام تصرفاته عن أحكام تصرفات الأصحاء.

والذى يعيننا من تصرفات المريض هنا إقراره، وفيما يلى نتناول حكم إقرار المريض بالحقوق وما يصح منها وما يبطل وما يتوقف على إجازة الورثة.

إقرار المريض لغير الوارث

اختلف الفقهاء فى قبول إقرار المريض لغير الوارث – أى لأجنبى، على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن إقرار المريض لغير الوارث صحيح نافذ ولو بكل تركته.

ذهب إلى ذلك : الحنفية والشافعية والحنابلة على المشهور من الروايات والمختار عند الأصحاب والظاهرية وجمهور أهل العلم، كما ذهب إليه المالكية إذا كان المقر غير متهم فى إقراره^(١).

القول الثانى : إن إقرار المريض لغير الوارث صحيح نافذ فى حدود ثلث التركة.

ذهب إلى ذلك : الحنابلة فى رواية^(٢).

القول الثالث : أن إقرار المريض لغير الوارث لا يقبل.

(١) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٠٢، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٣٩، شرح الزركشى جـ ٤ ص ١٦٣، أقرب المسالك جـ ٢ ص ١٩٠.

(٢) شرح الزركشى جـ ٤ ص ١٦٣، المغنى والشرح جـ ٧ ص ٣٤٢.

ذهب إلى ذلك : الحنابلة في رواية، والمالكية إذا كان المقر متهماً

في إقراره، كما لو أقر لصديق ملاطف أو قريب غير وارث^(١).

استدل القائلون بقبول إقرار المريض لغير الوارث، بأن إقرار المريض بالدين للأجنبي لا تهمة فيه فيصح كالإقرار في حال الصحة. ولأن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه وإبراء ذمته وتحري الصدق، إذ هو مقبل على آخرته مدبر عن دنياه، فلا يهتم بإيثار الأجنبي على الوارث.

واستدل القائلون بقبول إقرار المريض في حدود ثلث التركة، بقياس الإقرار على العطية والوصية، فكما أن المريض ممنوع من عطية الزائد على الثلث للأجنبي أو الوصية له، فكذلك الإقرار له.

نوقش القياس بأنه قياس مع الفارق، لأن الإقرار إخبار بثبوت الحق فيما مضى، بينما العطية والوصية تصرف إنشائي مبتدأ فافترقا.

واستدل الحنابلة لرواية عدم قبول إقرار المريض للأجنبي، بقياس إقرار المريض للأجنبي على إقرار المريض للوارث، فكما لم يصح إقراره للوارث، لا يصح إقراره للأجنبي بجامع التهمة في كل، لأن الورثة تعلق حقهم بالتركة حال مرضه.

نوقش القياس، بأنه قياس مع الفارق، لأن التهمة حاصلة في إقرار المريض للوارث منتفية في حالة إقراره للأجنبي، لأنه لا خلاف في أن للمريض أن يحابي الأجنبي بالتبرع له في حدود ثلث تركته عطية أو وصية، وليس كذلك الوارث.

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤١٠ وما بعدها، أقرب المسالك ج ٢ ص ١٩٠.

واستدل المالكية على بطلان إقراره فى حال التهمة

أولاً - بقياس الإقرار على الشهادة، فكما لا تقبل شهادة الشاهد إذا كان متهماً فى شهادته، لا يقبل إقرار المقر إذا كان متهماً فى إقراره، بجامع أن كلا منهما طريق من طرق الإثبات شرعاً.

نوقش القياس، بأنه قياس مع الفارق، لأن الشهادة إخبار عن ثبوت حق للغير على الغير وضررها يعود على المشهود عليه أما الإقرار فهو إخبار بثبوت الحق على نفسه وضرره يعود عليه وحده فافترقا.

ثانياً: بأن المريض محجور عليه لتعلق حق الورثة بالتركة حال مرضه.

فلو قبل إقراره مع وجود التهمة لكان ذلك طريقاً إلى فعل ما منع منه بالحجر.

وتتمثل التهمة فى الإقرار للأجنبى بما إذا أقر لصديق ملاطف أو أن يظهر بالقرائن أن قصده بالإقرار حرمان الورثة من تركته. نوقش هذا الدليل، بأن حق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن حاجته، وقضاء دينه من حوائجه الأصلية، فصح إقراره للأجنبى ولو استغرق كل تركته.

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وهو أن إقرار المريض لغير الوارث صحيح نافذ ولو استغرق كل تركته، لقوة دليله ولما ورد على أدلة القولين الآخرين، ولأنه لو انحجر عن الإقرار بسبب المرض، امتنع الناس عن المعاملة معه فى حال صحته بناء على احتمال أن يفاجئه المرض، فتختل مصالحه وتتوقف معاملاته وهذا يؤدى إلى الحرج لأن فيه سداً لطريق التجارة والمدائنة.

ولذلك قال ابن المنذر : اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن

إقرار المريض في مرض الموت لغير وارث جائز^(١).

إقرار المريض للوارث

لا خلاف بين الفقهاء على أن إقرار المريض لوارثه بدين أو عين، أنه يكون صحيحاً نافذاً، إذا صدقة بقية الورثة بعد موت المقر، لأن تصديقهم إقرار منهم بتقديمه عليهم فيلزمهم.

وكذلك إذا أقر بقبض دينه منه أو ثبت الدين بالبينة.

أما إذا أقر لوارث بدين أو عين أو قبض دينه منه ولم يصدقه الورثة بعد موت المقر أو لم يكن على الدين بينة، فقد اختلف الفقهاء في صحة إقراره وعدم صحته على قولين :

القول الأول - أن إقرار المريض مرض الموت لأحد ورثته لا

يصح.

ذهب إلى ذلك : الحنفية والحنابلة في الصحيح من المذهب

والشافعية في قول والمالكية إذا كان المقر متهما في إقراره^(٢).

القول الثاني - أن إقرار المريض مرض الموت لأحد ورثته

صحيح نافذ أجاز الورثة أو لم يجيزوا.

ذهب إلى ذلك : الشافعية في الصحيح من المذهب والحنابلة في

رواية والمالكية إذا لم يكن متهما في إقراره^(٣).

(١) المغنى والشرح ج٥ ص ٣٤٢.

(٢) المجموع ج١٨ ص ٥٢٩، ٥٣١، الإنصاف ج١٢ ص ١٣٧، ١٣٨، أقرب

المسالك ج٢ ص ١٩٠، ١٩١ البحر الرائق ج٧ ص ٢٥٤، مجمع الأنهر ج٢

ص ٣٠٣، الاختيار ج٢ ص ١٣٧، المغنى والشرح ج٥ ص ٣٤٣.

(٣) المقنع ج٣ ص ٧٢٧، أقرب المسالك ج٢ ص ١٩٠، ١٩١، مغنى المحتاج

ج٢ ص ٢٤٠، ٢٣٩ =

استدل القائلون بعدم صحة الإقرار عند عدم تصديق الورثة وعدم وجود بينة على الدين بما يأتى.

أولاً - بقياس إقرار المريض بالدين لوارثه على العطية والوصية له، فكما لا تصح العطية والوصية له فى مرض الموت، لا يصح الإقرار له بالدين، بجامع أن كلا منهما إثارة لبعض الورثة وإبطال لحق الباقيين.

ثانياً - حق الورثة تعلق بالتركة فى مرض الموت، وهذا مانع من التبرع لهم، وفى تخصيص أحدهم بالإقرار بعد التعلق بإبطال لحق باقيهم وتحيل على زيادة حصته من التركة فلم يصح.

وفارق الإقرار للأجنبى، لأن المقر يحتاج إلى التعامل مع الأجنبى، بخلاف الوارث، فإن معاملته له نادرة الوقوع ويمكن التحرز عنها.

ثالثاً - إقرار المريض للوارث فيه تهمة وفيه إيقاع العداوة بينه وبين باقى الورثة، لما فيه من إثارة البعض على البعض وأنه منشأة للعداوة والبغضاء، وقصة يوسف عليه السلام وأخوته أكبر شاهد على ذلك.

فإن قيل : إن التهمة واردة أيضاً فى إقرار المريض للأجنبى ومع ذلك فقد أجزتم إقراره.

=هذا وقد عارض كثير من فقهاء الشافعية إطلاق المذهب صحة إقرار المريض لوارثه وقيدوه بما ذهب إليه المالكية من صحته فى حال عدم تهمة المقر وبطلانه فى حال تهمة.

يقول الأذرى : نص كثير من فقهاء الشافعية منهم القفال فى فتاويه والرويانى على أن المورث إذا قصد بإقراره لوارثه حرمان بقية الورثة، كان ذلك حراماً لا شك فيه، وأنه لا يحل للمقر له أخذه، وقد اختار الرويانى مذهب مالك، وهو أنه : إذا كان متهماً لم يقبل إقراره وإلا قبل، ثم يستطرد قائلاً : ما ذهب إليه الرويانى قوى وقد يغلب على الظن بالقرائن كذبه، بل قد يقطع به فى بعض الأحوال، فلا ينبغي لمن يخشى الله أن يقضى به أو يفتى بالصحة مطلقاً وإن ساعده إطلاق الشافعى والأصحاب، ولا شك فيه إذا علم أن قصده الحرمان. مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٤٠.

فيجاب بالفرق بين الأجنبي والوارث، حيث أن للمقر أن يؤثر الأجنبي في مرضه بالمال عن طريق العطية والوصية من غير أن يتهم بمحاباته بخلاف الوارث^(١).

واستدل المالكية على عدم قبول الإقرار للوارث في مرض الموت عند وجود التهمة بأن المريض محجور عليه لأجل الورثة....، فلو جاز له الإقرار مع وجود التهمة لوجد له طريقاً إلى فعل ما هو ممنوع عنه بالحجر. واستدل القائلون بقبول إقرار المريض بالدين لوارثه بما يأتي.

أولاً: بقياس إقرار المريض بالدين لوارثه في مرضه، على إقراره له في حال صحته، فكما صح إقراره له في حال صحته، يصح كذلك إقراره له في حال مرضه، بجامع اتحاد سبب الوجوب في كل منهما وهو الإقرار، والإقرار طريق من طرق الإثبات شرعاً.

اعترض على القياس بالفارق بين المقيس والمقيس عليه، وهو وجود التهمة في الإقرار للوارث في مرض الموت وعدم وجودها في حال صحته.

ثانياً: بأن جهة الصحة للإقرار هي رجحان جانب الصدق على جانب الكذب والظاهر أنه محق في إقراره للوارث وصادق فيه، لأنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكاذب ويتوب فيها الفاجر، فلذلك يصح إقراره للوارث كما صح للأجنبي.

نوقش هذا الدليل، بأن الظاهر من الإقرار هنا معارض بظاهر آخر وهو ميل المقر القطري الغريزي للوارث وما ينتابه من عوامل ومؤثرات، عبر الوارث أو حب المقر له أو بغضه لغيره ونحو ذلك.

(١) المغنى والشرح الكبير ج ٥ ص ٣٤٤.

استدل المالكية على قبول إقرار المريض لو ارثه عند عدم التهمة، بأن المقر مكلف أقر بما لا يتهم عليه فيقبل إقراره كالصحيح، ولأن عدم قبول إقراره مع عدم التهمة يؤدي إلى قطع معاملاته مع أقاربه وفي ذلك حرج ومشقة^(١).

الوقت الذي يعتبر فيه المقر له وارثا

المنصوص عليه في الفقهاء الحنفى والشافعى، أن العبرة يكون المقر له وارثا أو غير وارث هو وقت الموت لا وقت الإقرار، لأن الوارث من يرث المقر وذلك لا يتبين إلا بالموت كالوصية، إلا إذا صار المقر له وارثا بسبب جديد، كما لو أقر لأجنبية ثم تزوجها^(٢).

أما على ما ذهب إليه الحنابلة في الصحيح من المذهب، فإن العبرة بكون المقر له وارثا أو غير وارث وقت الإقرار لا وقت الموت، لأنه قول تعتبر فيه التهمة فاعتبر في حال وجوده دون غيره كالشهادة^(٣).

ويظهر أثر الخلاف فيمن أقر لو ارث فصار عند الموت غير وارث، فعلى ما ذهب إليه الحنفية، يصح الإقرار، لأن العبرة بوقت الموت وهو عند الموت لم يكن وارثا بل أجنبيا، وإقرار المريض للأجنبي صحيح لعدم التهمة.

وعلى ما ذهب إليه الحنابلة لا يصح الإقرار لاقتران التهمة به، فلا ينقلب لازم ما بعد ذلك.

(١) الحد الفاصل بين التهمة وعدمها على ما ذهب إليه المالكية هو : القرب والبعد أو الحب والبغض، فمن أقر لابنه البار كان متهما، ومن أقر لزوجته التي يميل إليها كان متهما، ومن أقر لو ارث قريب مع وجود الأبعد أو المساوى كان متهما وهكذا. أقرب المسالك ج٢ ص ١٩٠، ١٩١.

(٢) البحر الرائق ج٧ ص ٢٥٤ مغنى المحتاج ج٢ ص ٢٤٢، المغنى والشرح ج٥ ص ٣٤٥ الاختيار لتعليل المختار ج٣ ص ١٣٧، مجمع الأنهر ج٢ ص ٣٠٣.

(٣) كشاف القناع ج٦ ص ٤٥١، المغنى والشرح ج٥ ص ٣٤٥.

ومن أقر لأجنبي فصار عند الموت وراثاً، كمن أقر لأجنبية ثم تزوجها، صح إقراره على المذهبين، لأنه على المذهب الحنبلي، العبرة بوقت الإقرار ولقد كانت وقته أجنبية وعلى المذهب الحنفي، لأنها صارت وارثة بسبب جديد فلا يبطل إقراره، لأنه أقر لها وليس بينهما سبب التهمة، فلا يبطل بسبب يحدث بعده^(١).

والراجع ما ذهب إليه الحنابلة في الصحيح من المذهب وهو أن العبرة بكون المقر له وراثاً أو غير وراث هو وقت الإقرار لقوة دليله، ولأن وقت الإقرار هو الوقت الذي تعتبر فيه التهمة.

فإن أقر وهو مريض لأجنبي صح إقراره واستمر ولو صار وراثاً عند الموت، كما لو استمر عدم الإرث لعدم وجود التهمة عند الإقرار، وإذا أقر لوارث ثم صار عند الموت غير وراث، لم يصح إقراره لاقتراحه بالتهمة، كما لو استمر إرثه، والإقرار يختلف عن الوصية والعطية، لأن الوصية تملك مضاف لما بعد الموت، فاعتبر فيها حالة الموت، والهبة في مرض الموت وصية.

هذه هي أقوال الفقهاء في الإقرار للوارث، وبالتأمل فيها وما ورد على أدلة القول الثاني من مناقشات، يتبين أن أرجحها ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة في الصحيح من المذهب وهو أن : إقرار المريض مرض الموت لوارثه بدين أو عين إذا لم يجزه الورثة بعد موته أو لم يكن على الدين بينة، أنه لا يقبل ولا يلزم الورثة لقوة أدلته وموافقته للواقع المعاصر الذي غلب عليه العواطف والمؤثرات مع ضعف المواضع الدينية، ولأن الفرض أن الدين المقر به للوارث لا سبب له، بل هو مجهول مما يرجح تهمة الإيثار، وفي ذلك من التنازع بين الورثة وقطع صلة الرحم فيما بينهم ما فيه من

(١) خلافاً لـ زفر، لأنها وارثة عند الموت فتحصل التهمة مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٠٣.

الإضرار، وضرر ذلك أكبر وأدوم من ضرر بطلان الإقرار للوارث سدا للذريعة.

وما ذكره المالكية لا يصح، لأن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها، فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الإرث كما في الوصية والتبرع^(١).

أثر الإقرار بالدين في المرض على الديون الثابتة بالبينة أو الإقرار في حال الصحة

لا خلاف بين الفقهاء على أن من أقر بدين في مرضه لأجنبي أو وارث على القول بصحته، وعليه دين ثبت ببينة أو إقرار في حال صحته وكان المال يسعهما، أنهما سواء في وجوب القضاء.

أما إذا ضاقت التركة عن قضائهما معا، فقد اختلف الفقهاء في اعتبارهما سواء أو يقدم دين الصحة على دين المرض على قولين :

القول الأول : أنهما سواء ويكون المال بينهما بالمحاصة.

ذهب إلى ذلك : المالكية والشافعية والحنابلة في رواية^(٢).

القول الثاني : يقدم دين الصحة على ما أقر به من دين في مرضه.

ذهب إلى ذلك : الحنفية والحنابلة في الصحيح من المذهب^(٣).

استدل القائلون بأن دين الصحة ودين المرض على سواء، بأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال، لم يختص أحدهما برهن فاستويا، كما لو ثبتا ببينة. ولأن إقرار المريض لا تهمة فيه لأنه صادر عن عقل والذمة قابلة للحقوق في الحاليين.

واستدل القائلون بتقديم دين الصحة على دين المرض، بأن حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت في أول مرضه، لأنه

(١) المغنى والشرح ج ٥ ص ٣٤٤.

(٢)، (٣) الإنصاف ج ١٢ ص ١٣٤، المغنى والشرح ج ٥ ص ٣٤٣.

عجز عن قضائه من مال آخر، فالإقرار فيه صادف حق غرماء الصحة، فكان محجوراً عنه ومدفوعاً به.

نوقش هذا الدليل، بأن إقرار المريض بالدين، أظهر الدين فيما مضى وأن ذمته كانت مشغولة به قبل المرض، فلم يكن محجوراً من ماله، والفرض أن إقراره لاتهمه فيه وإلا لم يصح من الأصل، فلا وجه لتأخير الوفاء به عن سائر الديون، لاستوائهما في الثبوت والتعلق وحق المطالبة ووجوب القضاء من رأس المال.

والراجع ما ذهب إليه القائلون بالتسوية بين الديون الثابتة بالبينة أو بالإقرار في حال صحته وبين الديون الثابتة بالإقرار في حال مرضه لقوة دليلهم، ولأن في القول بالمساواة في الوفاء محافظة على الثقة والاستقرار في التعامل بين الناس، فالمرض طارئ يعرض في أية لحظة وقد يقع الموت بعده والله أعلم.

المبحث السابع

في

الإقرار بالنسب

النسب من أقوى الروابط الإنسانية، لأنه من أصل الوجود ولا يزول، قال تعالى : ﴿هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا﴾^(١) أى خلق الله البشر من الماء وجعل منه الزوجين، الذكر الذى ينتسب إليه والأنثى التى يصهر بها ويرتبط مع الآخرين عن طريقها، وكان ربك قديرا، حيث خلق هذه الرابطة الكريمة رابطة النسب والمصاهرة، ليجد الأطفال الضعفاء فى ظلالها من العطف والرحمة والحنان ما يكفل لهم التربية الحسنة والتوجيه النافع والنشأة الكريمة الصالحة، وليكون للأسرة منها الصلاحية الكاملة للبقاء والازدهار والتغلب على عوامل الاضطراب والانحلال التى تزجىها المدنية الزائفة الجارفة، وكان ربك قديرا، حيث اقتضت حكمته أن يحفظ هذه الرابطة ذات الأثر البعيد فى كيان المجتمع بجملة من الأحكام سياجا منيعا يحفظها من الفساد والفناء ويكفل لها الإنتاج القوى المفيد لخير المجتمع الإسلامى بل وخير البشرية كلها.

ولقد كان النسب فى الجاهلية قبل الإسلام على الفراش والولادة والإدعاء أو التبني، يولد الوليد على فراش الزوجية أو الملك فينتسب إلى صاحبه ويولد الوليد من سفاح فيدعيه رجل ويقول : أصبت أمه وهو يشبهنى فيكون له وينسب إليه ويولد الوليد لأبيه وأمّه فيتبناه رجل ويستلحقه فيكون له وينسب إليه ويكون لديه كالابن النسبى على السواء.

وغير هذا وذاك صور وأوضاع توارثوها وأقاموا عليها، حتى جاء الإسلام وسار فى علاج هذا الأمر سيره فى علاج سائر الأمور التى عدلها

(١) آية رقم ٥٤ سورة الفرقان.

أو قضى عليها من الأساس، يتتد ويتدرج ويسير فى الطريق خطوة وخطوات، حتى إذا ما صلحت النفوس، قضى فحسم وحكم فقطع.
جارى الأوضاع وسائر ها زمنا، ثم قضى على التبنى وأبطل حكمه فقال سبحانه: ﴿وما جعل أديانكم أبناكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهتد السبيل ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فأخوانكم فى الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم﴾^(١).

وأبطل أن يكون الزنا والعهر طريقا لثبوت النسب فقال ﷺ فيما رواه البخارى ومسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"^(٢) والمراد بالعاهر: الزانى. واعتبر الشارع الإسلامى، إنكار النسب الصحيح أو إلحاق النسب الباطل بالشخص كبيرة من الكبائر التى نهى عنها وشدد النكير على مرتكبها، أخرج البخارى ومسلم وغيرهما، أن رسول الله ﷺ قال: "من ادعى أبا فى الإسلام يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام"^(٣).
وروى أحمد والطبرانى وابن ماجه عن أبى بكر رضى الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: "كفر من تبرأ من نسب وإن دق أو ادعى نسباً لا يعرف" وأخرج البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال: "لا ترغبوا عن آبائكم فمن رغب عن أبيه فهو كفر".

أسباب ثبوت النسب

سبب ثبوت النسب بالنسبة للمرأة هو الولادة، فمتى جاءت المرأة بولد ثبت نسبه منها دون توقف على شىء آخر من فراش أو إقرار أو إدعاء

(١) الآيتان رقم ٤، ٥ سورة الأحزاب.
(٢)، (٣) صحيح البخارى بحاشية السندى ج ٤ ص ١١٤، سبل السلام ج ٣ ص ٢١٠.

ولا فرق بين أن تكون الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو اتصال بشبهة أو من سفاح، وإذا ثبت نسبه منها بالولادة، كان لازما ولا يمكن نفيه.

أما بالنسبة للرجل، فإن النسب يثبت فى حقه بالفراش الصحيح وما ألحق به، كما يثبت بطرق الإثبات الشرعية العامة كالإقرار والبيينة^(١).

والذى يعنينا من هذه الأسباب فى هذه الدراسة هو الإقرار، وفيما يلى نتناول أحكام الإقرار بالنسب.

أقسام الإقرار بالنسب

ينقسم الإقرار بالنسب إلى قسمين :

الأول - إقرار بقرابة لا يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له

وهى: الأبوة والبنوة والأمومة، وبعبارة أخرى : إقرار بنسب مباشر ليس فيه تحميل النسب على الغير على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء^(٢).

الثانى - إقرار بقرابة يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له

كالأخوة والعمومة، وبعبارة أخرى : إقرار بنسب غير مباشر يتضمن تحميل النسب على الغير.

ويشترط لصحة الإقرار بالنسب بقسميه عدة شروط يجب توافرها حتى تترتب عليه آثاره.

أولا - شروط الإقرار بالنسب المباشر

فضلا عن الشروط العامة فى الإقرار فإنه يشترط لصحة ونفاذ الإقرار بالنسب المباشر عدة شروط بعضها متفق عليه وبعضها فيه خلاف.

(١) المراد بالفراش الصحيح : أن تكون المرأة حلالا للرجل بناء على عقد زواج صحيح. والمراد بما ألحق به المخالطة الجنسية بناء على عقد فاسد أو شبهه.

(٢) خلاف للملكية الذين قصروا الإقرار بالنسب المباشر على الإقرار بالولد وسموه استلحاقا ، أما ما عدا الإقرار بالولد، فهو إقرار بنسب غير مباشر، أقرب المسالك ج٢ ص ١٩٥.

أ- الشروط المتفق عليها

الشرط الأول : أن يكون الولد مجهول النسب

بمعنى أنه لا يعرف له أب إذ لو كان معروفا له أب لا يصح الإقرار ، لأن

النسب متى تأكد ثبوته من شخص لا يقبل الفسخ أو الانتقال من شخص لآخر .

وهل العبرة بجهالة نسبه بالبلد الموجود فيه أم ببلد مولده ، رأيان في الفقه .

أحدهما : أن يكون مجهول النسب في البلد الذي هو فيها ، لأن الفرض أنه مجهول النسب ، وفي البحث عنه في بلد ولادته مشقة وعسر ، وقد يصعب معرفة ذلك أو يستحيل .

ثانيهما : أن يكون مجهول النسب في بلد ولادته ، لأنه إذا كان ثابت النسب هناك فيعتبر معروف النسب في جميع البلاد وأمام جميع الناس ، وبالتالي فلا يصح ثبوت نسبه من شخص آخر ، لأن ثبوت النسب لا يتصور من شخصين في آن واحد^(١) .

واحتياطا في إثبات النسب يفوز الأمر للقاضي يحكم في كل واقعة بما يراه مناسبا لها ، فقد يرى أن المصلحة في الأخذ بقول من يقول : أن يكون مجهول النسب في مكان وجوده .

وقد يرى أن المصلحة في قول من قال : أن يكون مجهول النسب في محل ولادته إذا كان ذلك سيؤدي إلى معرفة الحقيقة ، كأن يكون بلد ولادته قريبا أو بعيدا ولكن من الميسور الوصول إلى معرفة الحقيقة ، بخلاف ماذا كانت البلد بعيدة وكبيرة وتتعدد فيها الأحياء ، ولا سبيل إلى

(١) مجمع الأنهر ج٢ ص ٣٠٤ ، أقرب المسالك ج٢ ص ١٩٥ .

معرفة الحقيقة. أو قد يرى أن المصلحة تقضى بأن يكون مجهول النسب في البلدين معا، دفعا للحرج وتحوطا في إثبات النسب^(١).

وإذا قضى القاضي بإلحاق نسبه من المقر بناء على جهالة نسبه في البلد الذى هو فيه، ثم جاءت بينة من مولده بأنه معلوم النسب من غير المقر، فإن دعواه تبطل، بخلاف ما لو حكم بنسبه للمقر بناء على أنه مجهول النسب فى مولده، ثم جاءت بينة بأنه معلوم النسب، فلا تنقض دعواه بعد ثبوتها^(٢).

الشرط الثانى : ألا يكذبه الحس

معنى هذا الشرط، أن يكون المقر له فى سن يمكن أن يكون من المقر، أى أن يولد مثله لمثله، فلو كان فى سن لا يتصور كونه منه، أو كان قد قطع عضوه التناسلى أو خصيتاه من زمن متقدم على زمن الحمل به، لا يثبت نسبه، لأن الحس يكذبه والعقل يحيله لما فيه من تقدم المعلول على علته، أو لأن الإقرار إخبار عن كائن، فإذا استحال كونه، فالإخبار يكون كذبا بيقين^(٣).

والحد الفاصل لفارق السن بين المقر والمقر له، أن يكون المقر أكبر من المقر له باثنتى عشرة سنة ونصف إذا كان رجلا، وبتسع سنين ونصف إذا كان امرأة، على ما ذهب إليه الحنفية، يقول أبو حنيفة رحمه الله: إذا بلغ الرجل خمسة وعشرين سنة، استحق أن أحجر عليه، لأنه يحتمل أن يكون جدا.

وعلى ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، أن يكون الرجل أكبر منه بعشر سنوات ونصف، والمرأة بتسع سنوات^(٤).

(١) أقرب المسالك جـ ٢ ص ١٩٥، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٠٤.
(٢) (٣) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٠٤، طرق الإثبات للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ص ٣٤٧، ٣٤٦.
(٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٢٨، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٩٥، أقرب المسالك جـ ٢ ص ١٩٥.

وأطلق كثير من الفقهاء القول بإمكان ولادة مثله لمثله ولم يحددوا سناً^(١).

هذا ولما كان تحديد السن التي يتصور فيها أن يولد مثل المقر لمثل المقر له، يختلف من شخص لآخر تباعاً لاختلاف الوسط الاجتماعي والبيئة الطبيعية، كان ما ذهب إليه بعض الفقهاء من تحديد لهذا التصور وربطه بسن محددة كالعشرة أو الاثنتى عشرة بالنسبة للرجل أو التسعة بالنسبة للمرأة، مجرد اجتهاد لم يعتمد على نص من الشارع الحكيم، بل تأثر كل مجتهد ببيئته ومشاهداته.

ولذلك نرى أن يكون المرجع في تقدير ذلك هو القاضي، يحكم في كل حالة بما يناسبها بعد أخذ رأى أهل الخبرة من الأطباء المتخصصين والذين يحددون أقل سن للشخص يمكنه أن يبلغ فيه وينجب الأولاد، وهذا ما يتفق وما ذهب إليه كثير من الفقهاء من الإطلاق وعدم التقيد بسن محددة، بل إمكان ولادة مثله لمثله.

الشرط الثالث : تصديق المقر له

المقر له بالنسب إما أن يكون بالغاً عاقلاً أو مميزاً أو صغيراً غير مميز.

فإن كان بالغاً عاقلاً، فلا خلاف في أنه يشترط أن يصدق المقر في إقراره لأن له حقاً في نسبه وهو أعرف به من غيره، ولا يشترط للتصديق وقت معين، فيصح في أى وقت لاحق للإقرار ولو بعد وفاة المقر، لأن المقر لا يجوز له الرجوع عن الإقرار مهما طال الزمن لتعلق حق المقر له به.

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٠٤، كشف القناع ج ٦ ص ٤٥٦، المغنى والشرح ج ٥ ص ٣٢٦، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٢٨، تكملة المجموع ج ١٨ ص ٥٦٣، ٥٧٠، أقرب المسالك ج ٢ ص ١٩٥.

وإن كان المقر له مميزاً، بأن كانت سنة سبع سنوات فأكثر ولم يبلغ، فعلى ما ذهب إليه الحنفية، يشترط تصديقه، لأنه في يد نفسه فلا تبطل إلا برضاه، بخلاف الصغير، لأنه في يد غيره.

وذهب الأئمة الثلاثة، إلى أن المميز الصغير يثبت نسبه بلا تصديق منه وهو الراجح، لأن الصبي المميز، لا يعتد بقوله ولا يعول على تصرفه إلا إذا أذن له، وهو لا يؤذن له إلا في أعمال التجارة وتكون أقواله وتصرفاته صحيحة في حدود هذا الإذن، أما ما عدا ذلك فلا اعتبار لقوله فيه.

أما إذا كان غير مميز أو مجنون، فلا يشترط تصديقه لا في الحال ولا بعد البلوغ، ويثبت نسبه في الحال، لأن المقر أقر له بحق فيثبت كما لو أقر له بمال، فإن بلغ الصبي أو أفاق المجنون وأكرر النسب، لم يسقط النسب، لأنه نسب حكم بثبوت لم يسقط برده، ولأن النسب يحتاط له فلا يندفع بعد ثبوته كالثابت بالبينة^(١).

الشرط الرابع : ألا يصرح المقر بأن الولد ابنه من الزنا

إذا صرح المقر بأن الولد ابنه من الزنا أو التبنى، فلا يصح إقراره ولا يثبت النسب به، لأن الزنا ليس فراشاً، وقد جعل الله حظ الزاني الحجر فقط فقال ﷺ : "الولد للفراش وللعاهر الحجر".

وقد حرم الله تعالى التبنى تحريماً قاطعاً بقوله : "وما جعل أدعياءكم أبناءكم". وعلى المقر أن يبين سبباً صحيحاً شرعاً من أسباب ثبوت النسب كالفراش الصحيح أو الفاسد أو الشبهة أو لا يبين سبباً أصلاً ويكتفى بإقراره المجرد، وحينئذ يحمل إقراره على أنه يستند إلى سبب صحيح، ويتحمل هو تبعة ومسئولية إقراره أمام الله تعالى.

(١) في قول مرجوح عند الشافعية : أنه يبطل بالإنكار بعد البلوغ، لأن النسب حكم به حين لم يكن أهلاً للإنكار، وقد صار بالبلوغ أهلاً، والأحكام تدور مع عللها وجود أو عدمها، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٦٠.

الشرط الخامس : تصديق الزوج

إذا كان المقر بالولد زوجة أو معتدة، فيشترط في صحة إقرارها، تصديق زوجها أو مطلقها، لأن إقرارها يتضمن تحميل النسب عليه ونسبته إليه، فإن صادقها على إقرارها، كانت هذه المصادقة إقراراً بنسب هذا الولد منه، وإن لم يصادقها أو أنكر أن هذا الولد منه، فيجب لثبوت النسب منه أن نثبت أن هذا الولد قد ولد على فراش الزوجية، وحينئذ يثبت منهما جميعاً. أما إقرار الزوج بالولد، فلا يشترط فيه تصديق زوجته، لجواز أن يكون من غيرها^(١).

الشرط المختلف فيه : حياة المقر له

اختلف الفقهاء في اشتراط حياة المقر له في صحة الإقرار على قولين.

القول الأول : يشترط أن يكون المقر له حياً وقت الإقرار.

ذهب إلى ذلك : الحنفية، وهو ما ذهب إليه المالكية إذا كان ماله كثير^(٢).

القول الثاني : لا يشترط أن يكون المقر له حياً وقت الإقرار.

ذهب إلى ذلك : جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(٣).

استدل القائلون باشتراط حياة المقر له، بأن الإنسان يحتاج إلى النسب في حياته ليشرف به، لأنه من حوائجه الأصلية، وهذا منتف بعد وفاته.

(١) المراجع السابقة.

(٢) المبسوط ج ١٧ ص ١٥٨، الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٤١٣.

(٣) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٦٠، بلغة المسالك ج ٢ ص ١٨٢، تكملة المجموع ج ١٨ ص ٥٦٣. المغنى والشرح ج ٥ ص ١٧٠.

وإذا لم يثبت نسبه لا يستحق ميراثا، لأن الميراث فرع ثبوت النسب، فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع.

ويضيف المالكية لذلك، إن المقر له بالنسب إذا كان غنيا كثير المال، فإن التهمة تكون ظاهرة في قصد الإرث منه فكان لابد من حياته نفيا للتهمة.

واستدل جمهور الفقهاء على عدم اشتراط حياة المقر له، بأن النسب يحتاط به مهما كانت الأحوال، والشارع الإسلامى يتشوف إلى ثبوته وقد أمكن ذلك بالإقرار ويسقط تصديق المقر له لو كان كبيرا لعدم إمكانه.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية وهو أنه يشترط لصحة الإقرار حياة المقر له لتمكن التهمة فى الإقرار^(١).

هذه هى شروط ثبوت النسب المباشر بالإقرار، ومتى توفرت، فإنه يترتب عليه ثبوت النسب وأثاره الشرعية من الإرث والنفقة وحرمة المصاهرة، وعدم جواز نقضه أو إسقاطه أو التنازل عنه وحجيته لدى الكافة كما هو الحال فى النسب الثابت بالشهادة، فكما أن النسب الثابت بالشهادة حجة على الكافة، فكذلك الثابت بالإقرار، لأنه من الحوائج الأصلية فى الحياة ويتعلق به حق الله تعالى^(٢).

(١) استثنى الحنفية من اشتراط حياة المقر له، الإقرار ببنة الابن المتوفى إذا كان قد ترك ذرية وذلك لحاجة الأحفاد إلى ثبوت نسب أبيهم ليشفوا به.

(٢) المغنى والشرح ج ٥ ص ١٧٠، المبسوط ج ١٧ ص ٩٨، تكملة المجموع ج ١٨ ص ٥٦٤.

القسم الثانى من الإقرار بالنسب

الإقرار بالنسب غير المباشر

النسب غير المباشر، هو الإقرار بنسب فيه تحميل النسب على الغير، كالإقرار بالأخوة أو العمومة، فإن فى الأخوة تحميل النسب على الأب وفى العمومة تحميل النسب على الجد.

ولا خلاف فى أن الإقرار بالنسب غير المباشر يأخذ حكم الإقرار بالنسب المباشر إذا كان المقر عليه وهو من ألحق به النسب على قيد الحياة وصدق المقر، فإذا أقر شخص بأخوة آخر وصدقة الأب على إقراره، كان ذلك إقراراً من الأب بنسبه، فيثبت النسب وتترتب عليه آثاره الشرعية متى توفرت الشروط التى ذكرناها.

أما إذا أقر بأخوة آخر، وكان الأب ميتاً، فإما أن يكون للأب ورثة آخرين أولاً يكون له سوى المقر.

١- فإن كان له ورثة آخرين وصدقوه على إقراره، يثبت النسب للمقر له على المقر عليه بآثاره الشرعية، لأن الإقرار بالنسب غير المباشر حق لجميع الورثة، فهم خلفاء الميت فى حقوقه، والنسب من جملة حقوقه، فإذا أقروا جميعاً ثبت النسب وثبتت آثاره الشرعية على ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة.

أو لأن إقرار الورثة شهادة بالنسب، والشهادة يثبت بها النسب، على ما ذهب إليه الحنفية والمالكية.

٢- أما إذا لم يكن له ورثة غير المقر، كمن مات عن ابن واحد فقط، وأقر هذا الابن بأخ له.

فعلى ما ذهب إليه الحنفية والمالكية لا يثبت نسبه، وتثبت له الحقوق المالية فى حق المقر إذا صادقه المقر له، كالنفقة والحضانة ويشاركه فى التركة ويرث المقر له المقر إذا لم يكن له وارث آخر، لأن

الإقرار حجة قاصرة يثبت في حق المقر ولا يتعدى إلى الغير، ولأن إقراره بمثابة شهادة بالنسب، وشهادة الواحد لا يثبت بها النسب، بخلاف ما لو كان الورثة أكثر من واحد وصدقوا المقر، لأنهم حينئذ شهادة كاملة فيثبت النسب بشهادتهم لا بالإقرار^(١).

وعلى ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، يثبت النسب وتثبت آثاره الشرعية، لأن الوارث يخلف مورثه في الحقوق، وإثبات النسب حق له في حياته، فكان للوارث أن يخلفه في إثباته بعد وفاته، ولأن إقرار الوارث بالحق أقوى من الشهادة به، والنسب يثبت بالشهادة، فمن باب أولى يثبت بالإقرار عند عدم التنازع.

والراجح ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، لقوة دليله، ولأن الوارث الحائز لجميع التركة يرث جميع الحقوق التي تنتقل من الميت إليه ومنها النسب، فكان إقراره كإقرار المورث على نفسه، ولأنه إقرار لا تهمة فيه، لأن ضرره يعود عليه وحده، ولولا أن دينه وضميره كانا وراء هذا الإقرار لسبب صحيح شرعا ما أقدم على هذا الإقرار الذي من شأنه أن يرتب عليه التزامات وواجبات كان في غنى عنها^(٢).

٣- إقرار بعض الورثة وإنكار البعض الآخر

لا خلاف على أنه إذا أقر بعض الورثة بالنسب غير المباشر وأنكر البعض الآخر، أنه لا يثبت النسب لافي حق المنكر ولا في حق المقر، لقصور ولاية المقر وعدم تعديها إلى غيره، ولأن النسب لا يتبعض فيثبت في حق البعض ولا يثبت في حق البعض الآخر.

(١) يشترط المالكية شهادة رجلين عدلين، لأنها شهادة أبدان، أما الحنفية فيثبت برجلين أو رجل وامرأتين.

(٢) الأسباب الصحيحة كثيرة ومنها : الإيضاء له من الأب بذلك، وعلمه بعزم أبيه على الإقرار به، ولكن المنية عاجلته، ومنها علمه بأن هذا الولد أخوه ونحو ذلك.

وإذا لم يثبت النسب بإنكار البعض، فهل يعامل المقر في حق الإرث بموجب إقراره، أو أن إقراره يسقط ولا يترتب عليه شيء وكأنه لم يكن ؟

على ما ذهب إليه الشافعية والمالكية في قول، لا أثر لهذا الإقرار ولا يترتب عليه إرث أو غيره لأن إقرار البعض بنسبه عارضه إنكار البعض الآخر فسقط، وإذا سقط الإقرار بالنسب، سقط ما يترتب عليه من الميراث من باب أولى، لأن الميراث فرع ثبوت النسب، فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع.

وعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، يؤخذ المقر بإقراره ويعامل بموجبه، لأن الإقرار يتضمن أمرين :

الأمر الأول : حمل النسب على المقر عليه، وهذا لا ولاية للمقر عليه، لإنكاره من البعض الآخر، فلم يثبت النسب في حقه كما لم يثبت في حق غيره، لأنه لا يتبعص.

الثاني : الاشتراك في المال، والمقر ولاية على نفسه فيقبل منه

الإقرار بالمال ويعامل بموجبه، ويشاركه المقر له فيما يرثه.

وغايته أنهم اختلفوا في قدر المشاركة، فذهب الحنفية إلى أن المقر له يستحق نصف نصيب المقر مطلقاً، لأن المقر يعترف بأن المقر له يساويه في الاستحقاق والمنكر يحدد ذلك، فيجعل ما في يده كالهالك ويعامل المقر فيما في يده بموجب إقراره، وذلك لا يكون إلا بقسمة ما يؤول إليه بالسوية بينهما.

وذهب المالكية والحنابلة إلى أن المقر له يأخذ الفائض عن نصيب المقر له فقط لأن المقر يرى أن المقر له ابن للمورث وأن التركة بينهم أثلاثاً على الشيوع، وما يخص المقر له نصفه في يد المنكر ونصفه في يد المقر، فينفذ إقراره فيما في يده ولا ينفذ فيما في يد أخيه المنكر.

وتطبيقاً على ذلك، لو مات شخص وترك ابنين، فأقر أحدهما بابن ثالث وأنكر الآخر، فعلى ما ذهب إليه الحنفية يقسم المال بين الابنين مناصفة، وما يخص المقر يكون مناصفة بينه وبين من أقر له، فيأخذ كل واحد منهما الربع، معاملة للمقر بإقراره.

فلو كانت التركة ١٢٠ ألف جنيه، فإن نصفها يكون للمنكر وهو ٦٠ ألف جنيه، والنصف الباقي يقسم بين المقر والمقر له بالسوية، فيأخذ كل منهما ٣٠ ألف على ما ذهب إليه الحنفية.

أما على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فإن نصف التركة يكون للمنكر وهو ٦٠ ألف، وتثلثها يكون للمقر ٤٠ ألف، والمقر له ٢٠ ألف، لأنه الفائض من نصيب المقر.

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن إنكار المنكر ظهر أثره على عدم ثبوت النسب لضرورة عدم تجزئته، أما الإقرار بالمال فلا يمكن تجزئته بقبوله في جزء ورفضه في جزء آخر لاعتراف المقر بصحة إقراره بأن المقر له أحد أبناء المتوفى، ولكن المنكر هو الذي حال دون تنفيذه.

المبحث الثامن

فى

الرجوع عن الإقرار

الرجوع عن الإقرار

الرجوع عن الإقرار : العدول عنه يقال : رجع عن إقراره أى عدل عنه ورده.

ويحصل الرجوع عن الإقرار، بكل قول أو فعل يدل على إرادة الرجوع كقول المقر : كذبت فى إقرارى أو رجعت أو عدلت عنه، كما يحصل بهرب المقر بالزنا من الرجم ويتسلم المقر به إلى غير المقر له وغير ذلك مما يدل على الرجوع.

حكم الرجوع

- ١- المقر به إما أن يكون حقاً خالصاً لله تعالى.
- ٢- وإما أن يكون حقاً خالصاً للعبد.
- ٣- وإما أن يكون حقاً مشتركاً بين الله تعالى وبين العبد.

أولاً : إن كان الحق خالصاً لله تعالى وهو ما يندرى بالشبهة كالإقرار بالزنا وأقر به ثم رجع عن إقراره، يقبل منه الرجوع ويبطل به الإقرار ويعتبر كأن لم يكن على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وسواء كان رجوعه قبل القضاء أو بعده قبل تمام الجلد أو الرجم، وذلك لأن رجوعه عن الإقرار إنكار، ويحتمل أن يكون صادقاً حقاً فى هذا الإنكار، فيكون كاذباً فى الإقرار ضرورة، وهذا يورث شبهة فى وجوب الحد، والحدود تدرأ بالشبهات، ولأن النبی ﷺ لقن ماعزاً الرجوع عن إقراره بالزنا حين أقر به أمامه بقوله ﷺ فيما رواه البخارى وغيره عن ابن عباس قال : "لما

أتى ماعز بن مالك النبي ﷺ قال له : "لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت" (١) وذلك دليل على جواز الرجوع عن الإقرار وإبطاله وإلا لما كان له فائدة، ولأن ماعزا فر هاربا من الرجم حين وجد مس الحجارة ومس الموت وقد تبعه الناس يضربونه حتى مات، ولما بلغ ذلك رسول الله ﷺ قال : "فهلا تركتموه وجئتموني به" فقله ﷺ : "فهلا تركتموه" فيه دليل على احتمال رجوعه (٢).

والفهاء على أنه يستحب التلقين بمثل ما ذكر احتياالا لدرء الحد، أخذا بقوله ﷺ : "أدروا الحدود بالشبهات".

ومثل الإقرار بالزنا بالإقرار بالسرقة والشرب يصح الرجوع عنهما ويقبل ويسقط الحد، إلا أن في السرقة يصح الرجوع في حق القطع لا في حق المال، لأن القطع حق الله تعالى على الخلوص فيصح الرجوع عنه، فأما المال فحق العبد فلا يصح الرجوع عنه كما سيأتى، بل يضمنه له معاملة له بالإقرار.

أما إذا كان حق الله تعالى الخالص مما لا يندرى بالشبهة كالزكاة والكفارات، فلا يجوز الرجوع عنه ولا يقبل، لأن هذه الحقوق تثبت مع الشبهة.

وذهب المالكية في رواية والشافعية في قول وأبو ثور إلى أنه لا يقبل الرجوع عن الإقرار بالحد بعد كما له كغيره من الإقرارات (٣).

ويجاب عن هذا القول، بأن أحاديث التلقين ساقفة الذكر ترده، وقد روى أحمد وأبو داود أن النبي ﷺ قال لمن اعترف بالسرقة : "ما أخالك

(١) نيل الأوطار ج٧ ص ١١١.

(٢) رواه أبو داود عن جابر في قصة ماعز، نيل الأوطار ج٧ ص ١١٥.

(٣) تكملة المجموع ج١٧٨ ص ٥٣٩.

سُرقت" ^(١) وروى عبد الرزاق بسنده عن عكرمة بن خالد، أن عمر بن الخطاب أتى بسارق فاعترف فقال : أرى يد رجل ما هي بيد سارق، فقال الرجل : والله ما أنا بسارق ولكنهم تهدودنى فخلى سبيله ولم يقطعه.

ولأن حقوق الله مبينة على التسامح، فيجوز فيها التوبة والستر، ومن هنا أمر عمر رضى الله عنه، بطرد المعترفين فقال : اطرّدوا المعترفين ^(٢).

ثانيا : إذا كان المقر به حقا خالصا للعبد، فلا يصح الرجوع عن الإقرار به، سواء كان حقا ماليا كالدراهم والدينار أو غير مالى كالنسب والنكاح والطلاق، لأن غاية ما يحدثه الرجوع عن الإقرار بحق العبد وجود شبهة فى دليل الثبوت وهو الإقرار، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهة. ولأن هذه الحقوق تثبت للغير بالإقرار، فلا يملك المقر إسقاطها بغير رضاه.

ومن حقوق العباد الخالصة : الإقرار بما يوجب القصاص فى النفس أو فى الأطراف فمن أقر بشيء من ذلك، فلا يقبل رجوعه، لأن الشبهة لا تؤثر فى سقوط حق العبد.

ثالثا : إذا كان المقر به حقا مشتركا بين الله تعالى وبين العبد كحد القذف، فلا يصح الرجوع عن الإقرار فيه، لأن للعبد فيه حقا فيكون متهما فى الرجوع فلا يصح كالرجوع عن سائر الحقوق التمحضة للعباد ^(٣).

-
- (١) نيل الأوطار ج٧ ص ١٤١، تكملة المجموع ج١٨ ص ٥٣٩.
- (٢) المصنف لعبد الرزاق ج١٠ ص ١٩٣، السنن الكبرى للبيهقى كتاب السرقة ج٨ ص ٢٧٦، المصنف لابن أبى شيبة ج٩ ص ٥٦٨.
- (٣) تكملة المجموع ج١٨ ص ٥٣٨، تبصرة الحكام ج٢ ص ٥١، ٥٣، المغنى ج٥ ص ٢٨٨، تكملة الفتوح على الهداية ج٦ ص ٣١٠، كشف القناع ج٦ ص ٤٧١ بدائع الصنائع ج٧ ص ٢٣٢، ٢٣٣، الاختيار لتعليل المختار ج٤ ص ٨١، ٨٢.

المبحث التاسع

فى

ما يلحق الإقرار من البيان

الاستثناء، الاستدراك، التعقيب بما يسقطه

أولاً : الاستثناء

الاستثناء لغة مأخوذ من الثنى بفتح الثاء وسكون النون وهو الرجوع، ومنه ثنى عنان دابته إذا رجع، فلما رجع فى الإقرار ونحوه عما اقتضاه لفظه سمى استثناء.

واصطلاحاً : إخراج لما بعد إلا وأخواتها من حكم ما قبلها فى الإيجاب وإدخاله فى النفى ويسمى المخرج مستثنى والمخرج منه يسمى مستثنى منه^(١).

حكم الاستثناء فى الإقرار

الاستثناء فى الإقرار جائز شرعاً كغيره من الأبواب التى يعتبر فيها الاستثناء كالعتق والطلاق، ولو روده فى القرآن الكريم وفى كلام العرب، متى توفرت شروطه بأن كان المستثنى متصلاً بالمستثنى منه بحيث يعد معه كلاماً واحداً عرفاً، ولا يضره الفصل اليسير إذا كان لعارض كالتنفس أو انقطاع صوت، وأن يكون المستثنى منطوقاً يسمعه غير المقر لتعلق حق الآخرين به قاصداً له^(٢).

وينقسم المستثنى إلى قسمين : متصل ومنقطع.

(١) المعجم الوجيز مادة ثنى، قطر الندى وبل الصدى لابن هشام جـ ٢ ص ٨٥،

مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٥٧.

(٢) أقرب المسالك جـ ٢ ص ١٩٤، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٥٧.

فالمتصل ما كان من جنس المستثنى منه نحو : على لخالد ألف درهم إلا خمسين درهماً.

والمنقطع ما ليس من جنس ما استثنى منه نحو على لخالد ألف درهم إلا شاة.

أولاً : الاستثناء المتصل على ثلاثة أوجه

الوجه الأول : استثناء قليل من كثير.

الوجه الثاني : استثناء الكثير من الأكثر منه وإبقاء الأقل.

الوجه الثالث : استثناء الكل من الكل أو الأكثر من الكل، وهو

الاستثناء المستغرق.

١- إذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه وكان قليلاً من كثير - أى أقل من الباقي، فلا خلاف بين الفقهاء فى صحته لوروده فى القرآن الكريم وفى كلام العرب، لأن الاستثناء بيان تغيير فيصح بشرط الوصل، قال تعالى : **﴿قَلْبَتْ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾**^(١).

فهذه الآية الكريمة إخبار من الله تعالى بتسعمائة وخمسين، فالاستثناء بين أن الخمسين عاماً مستثناة غير مرادة، كما أن التخصيص بين أن المخصوص غير مراد باللفظ العام فإذا أقر شخص بشيء واستثنى الأقل من الباقي، كأن مقراً بالباقي بعد الاستثناء، فإذا قال : له على عشرة إلا ثلاثة، يلزمه سبعة، كأنه قال : لفلان على سبعة، لأن للسبعة أسمين أحدهما - سبعة، والآخر عشرة إلا ثلاثة.

وإن قال على ألف لفلان إلا ربعها أو ثلثها صح وكان مقراً بالباقي بعد المستثنى. وإن قال : هذه العمارة لفلان وهذه الشقة لى صح، لأنه فى

(١) آية ١٤ سورة العنكبوت.

معنى الاستثناء لكونه أخرج بعض ما دخل فى اللفظ الأول بكلام متصل وهو أقل من الباقي والاستثناء يصح من المعين كما يصح من المطلق^(١).

ومن قال : لفلان على مائة درهم إلا قليلا، فعليه واحد وخمسون درهما وكذا فى نظائره نحو قوله : إلا شيئا، لأن استثناء الشيء استثناء الأقل عرفاً فأوجبنا عليه النصف وزيادة درهم فقد استثنى الأقل^(٢).

٢- إذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه وكان المستثنى أكثر من الباقي.

فقد اختلف الفقهاء فى صحته وعدم صحته على قولين :

القول الأول : يجوز استثناء الكثير من الأكثر منه وإبقاء أقله فمن

قال : على عشرة إلا تسعة صح استثناءه ولزمه درهم فقط.

ذهب إلى ذلك : الحنفية فى ظاهر المذهب والمالكية والشافعية^(٣).

القول الثانى : لا يجوز استثناء الكثير من الأكثر منه، فمن استثنى

أكثر من النصف أخذ بالكل وكان استثناءه باطلاً، فمن قال على عشرة إلا تسعة "لزمه عشرة وبطل استثناءه"، ومن قال على عشرة إلا ستة لزمه عشرة، ومن قال على عشرة إلا خمسة لزمه خمسة.

ذهب إلى ذلك : الحنابلة وأبو يوسف من الحنفية^(٤).

استدل القائلون بصحة استثناء الكثير من الأكثر منه بالكتاب

وبالمنقول عن أئمة اللغة.

(١) مغنى المحتاج ج٢ ص ٢٥٨.

(٢) لسان الحكام ص ٢٧١، المغنى ج٥ ص ٢٨٠، تكملة المجموع ج١٨ ص ٥٥١، تكملة الفتح على الهداية ج٦ ص ٢٠٩.

(٣) مغنى المحتاج ج٢ ص ٢٥٧، أقرب المسالك ج٢ ص ١٩٤، لسان الحكام ص ٢٧١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص ٤١٠، ٤١١، تكملة الفتح على الهداية ج٦ ص ٣١٠.

(٤) المغنى ج٥ ص ٣٠٢، لسان الحكام ص ٢٧١.

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿إِنْ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنْ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾^(١).

وجه الدلالة : أنه تعالى استثنى من العباد الغاوين وهم الأكثر عدداً،
بدليل قوله تعالى : ﴿وَمَا أَكْثَرُ النَّاسِ وَلَوْ حَرَصْتَ بِمُؤْمِنِينَ﴾^(٢) فدل ذلك على
جواز استثناء الكثير من الأكثر منه وإبقاء الأقل.

اعترض على وجه الدلالة بوجهين :

الوجه الأول : إن الاستثناء لم يكن للأكثر بل كان الأقل، لأن
الغاوين هم الأقل عدداً في العباد، فإن الملائكة من العباد وهم غير غاوين،
قال تعالى : ﴿بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ﴾ فالآية ليست دليلاً على صحة استثناء الأكثر
من الباقي.

الوجه الثانى : إن الاستثناء فى الآية الكريمة منقطع بمعنى
الاستدراك، فيكون قوله تعالى : ﴿إِنْ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ﴾ باقياً
على عمومته لم يستثن منه شيء، ثم استأنف فقال : ﴿إِلَّا مَنْ اتَّبَعَكَ مِنَ
الْغَاوِينَ﴾ أى لكن من اتبعك من الغاوين فإنهم غوا باتباعك، وقد دل على
صحة هذا قوله تعالى حكاية عن إبليس لاتباعه فى الآية الأخرى
﴿وَمَا كَانَ لِيَ عَلَيْكُمْ مِنْ سُلْطَانٍ إِلَّا أَنْ دَعَوْتُكُمْ فَاسْتَجَبْتُمْ لِي﴾^(٣).

استدلوا ثانياً بلغة العرب، قالوا : إن المنقول عن أئمة اللغة أن
الاستثناء تكلم بالباقي بعد التثنية وهذا المعنى كما يوجد فى استثناء القليل من
الكثير يوجد فى استثناء الكثير من الأكثر منه، وغايته أن هذا النوع من

(١) آية رقم ٤٢ سورة الحجر.

(٢) آية رقم ١٠٣ سورة يوسف.

(٣) آية رقم ٢٦ سورة الأنبياء.

الاستثناء غير مستحسن عندهم، لأنهم إنما وضعوا الاستثناء لحاجتهم إلى استدراك الغلط، ومثل هذا الغلط يندر وقوعه غاية الندرة، فلا حاجة إلى استدراكه، لكنه يحتمل الوقوع في الجملة فيصح.

اعترض على هذا الدليل، بأن كثيراً من أهل اللغة أنكروه كما سيأتي. واستدل الحنابلة على عدم صحة استثناء الكثير من الأكثر منه، وأنه يكون أكثر منه إذا زاد على نصف المستثنى منه، بأن الاستثناء لم يرد في لسان العرب إلا في الأقل، وقد أنكر أئمة اللغة استثناء الأكثر قال الفراء وهو من أئمة اللغة. استثناء الأكثر لا يجوز، لأن العرب لم تتكلم به ويحكي ذلك عن ابن درستويه النحوي.

وقال أبو إسحاق الزجاج : لم يأت الاستثناء إلا في القليل من الكثير، ولو قال قائل : مائة إلا تسعة وتسعين، لم يكن متكلماً بالعربية، وكان عيًّا من الكلام ولكنة^(١).

وقال القتيبي : يقال : صمت الشهر إلا يوماً ولا يقال : صمت الشهر إلا تسعة وعشرين يوماً وإذا لم يكن استثناء الأكثر صحيحاً في الكلام لم يرتفع به ما أقرببه^(٢).

ولا يصح استثناء ما زاد على النصف، لأنه استثناء للأكثر فيبطل الاستثناء، ويصح في ظاهر المذهب استثناء النصف لأنه ليس بالأكثر فجاز كاستثناء الأقل.

والراجح ما ذهب إليه الحنابلة وأبو يوسف من الحنفية لقوة دليله، ولأن العرب استعملت الاستثناء في الأقل وحسنته لدرك ما قد يقع فيه المتكلم من غلط، وأما استثناء الأكثر فقد نفته وقبحته ويكفي وصفه بأنه عي من الكلام ولكنة.

(١) عي في نطقه عيًّا وعياء : عجز عنه فلم يستطع بيان مراده منه، ويقال : عي بأمره وعي عن حجته فهو عي.

(٢) المغنى ج ٥ ص ٣٠٢، ٣٠٣، كشف القناع ج ٦ ص ٤٦٢، ٤٦٣.

والقول : بأن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الشيء، وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل يوجد في استثناء الكثير هو من باب القياس، ولا يجوز قياس ما قبوه على ما حسنوه، وفضلا عن ذلك فإن القياس لا يجوز في اللغة.

٣- إذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه وكان المستثنى مستغرقا المستثنى منه، فلا خلاف بين الفقهاء على أنه لا يصح الاستثناء، فمن قال : لفلان على ألف درهم إلا ألف درهم، لزمه الألف التي أقر بها وبطل الاستثناء، لأن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الشيء، ولا باقى بعد استثناء الكل، فلم يتحقق معنى الاستثناء فيكون رجوعا عن الإقرار لا محالة لا استثناء حقيقيا .

والرجوع عن الإقرار في حقوق العباد باطل وإن كان موصولا، لأنه إنما يصح موصولا ما يكون فيه معنى البيان لأول كلامه، والإبطال ليس من البيان في شيء.

والحكم كذلك فيمن استثنى أكثر من المستثنى منه، لأنه لما لم يجز استثناء الكل من الكل فلان لا يجوز استثناء الأكثر من المستثنى منه من باب أولى^(١).

ثالثا : الاستثناء المنقطع

هو ما لا يكون فيه المستثنى من جنس المستثنى منه.

اختلف الفقهاء فيمن أقر بشيء واستثنى شيئا آخر من غير جنسه على ثلاثة أقوال :

(١) الفتح على الهداية ج٦ ص ٣١٠، ٣١١ أقرب المسالك ج٢ ص ١٥٤، المغنى ج٥ ص ٢٨٢ تكملة المجموع ج١٨ ص ٥٢١.

القول الأول : أن من أقر بشيء واستثنى شيئاً آخر من غير جنسه

صح إقراره ولزمه الباقي بعد طرح قدر قيمة المستثنى، إلا إذا كان المستثنى يستغرق في قيمته المستثنى منه فيبطل.

ذهب إلى ذلك : المالكية والشافعية^(١).

القول الثاني : أن من أقر بشيء واستثنى شيئاً آخر من غير جنسه،

كان استثنائه باطلاً.

ذهب إلى ذلك : الحنابلة في ظاهر المذهب ومحمد بن الحسن من

الحنفية^(٢).

القول الثالث : أن من أقر بشيء واستثنى شيئاً آخر من غير جنسه

كان استثنائه باطلاً، إلا أن يستثنى دنائير من دراهم أو دراهم من دنائير، فمن قال لآخر لك عندى ألف دينار إلا شاة أو داراً لم يصح إقراره ويلزمه الألف، ومن قال : على لفلان ألف دينار إلا مائة درهم، صح استثنائه وطرح من الألف دينار قيمة المائة درهم.

ذهب إلى ذلك : أبو حنيفة وأبو يوسف والخرقي من الحنابلة^(٣).

(١) مغنى المحتاج ج٢ ص ٢٥٨، أقرب المسالك ج٢ ص ١٩٤.

(٢) المغنى والشرح الكبير ج٥ ص ٢٧٧، ٢٧٩، كشاف القناع ج٦ ص ٤٦٦.

(٣) المغنى والشرح ج٥ ص ٢٧٩، البحر الرائق ج٧ ص ٢٥٢، مجمع الأنهر وحاشيته ج٢ ص ٢٩٧، ٢٩٨. ويلاحظ أن الحنفية أعطوا استثناء المكمل والموزون والعددي المتقارب كالفلوس، حكم استثناء الدراهم من الدنانير والدنانير من الدراهم وذلك للاتحاد في الثمنية، فهي أثمان بأوصافها، وإن لم تكن أثماناً من حيث الذات، حتى لو عينت في العقد يتعلق العقد بعينها، وإذا وصفت ثبتت في الذمة حالاً وموجلاً، تكملة الفتح والعناية على الهداية ج٦ ص ٣١٢، ٣١٣، مجمع الأنهر ج٢ ص ٢٩٧، ٢٩٨.

استدل المالكية والشافعية على صحة الاستثناء من غير الجنس، بأنه لغة العرب وقد ورد به القرآن الكريم ومن ذلك قوله تعالى : ﴿وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس كان من الجن﴾^(١).

وجه الدلالة : دلت الآية الكريمة على جواز الاستثناء من غير الجنس، فقد استثنى الله تعالى إبليس من الملائكة وليس منهم.

وقد ورد في لغة العرب الاستثناء من غير الجنس في قول الشاعر :
وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس^(٢)

استثنى الشاعر العربي اليعافير والعيس من الأنيس وإن لم يكن منهم.

فدل ذلك على جواز الاستثناء من غير الجنس^(٣).

اعترض على وجه الدلالة من الآية الكريمة، بأن إبليس كان من الملائكة بدليل أن الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم، فلو لم يكن منهم لما كان مأمور بالسجود ولا عاصياً بتركه ولا قال الله تعالى في حقه : ﴿فسق عن أمر ربه﴾^(٤) ولا قال جل شأنه : ﴿ما منعك أن تسجد إذ أمرتك؟﴾^(٥) وإذا لم يكن مأموراً فلم أنكسه الله وأهبطه وحره؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود إلا الملائكة، فإبليس من الملائكة والاستثناء من جنس المستثنى منه.

فإن قيل : إن الأمر في قوله تعالى : ﴿وإن قلنا للملائكة اسجدوا﴾ يتناول الملائكة ومن كان معهم فيدخل إبليس في الأمر لكونه معهم، ويكون الاستثناء من غير جنسه.

(١) آية رقم ٥٠ سورة الكهف.

(٢) اليعافير : الطباء، والعيس : الإبل.

(٣) تكملة المجموع شرح المذهب ج ١٨ ص ٥٥١.

(٤) آية ٥٠ سورة الكهف.

(٥) آية ١٢ سورة الأعراف.

يجاب : بأنه إذا كان الأمر كذلك، فإن إبليس يكون داخلا فى
المستثنى منه مأمورا بالسجود، فاستثناؤه حينئذ يكون من جنس المستثنى
منه أيضا.

وأما قول الشاعر :

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

فليس من باب الاستثناء من غير الجنس، لأن الاستثناء إخراج
بعض ما تناوله المستثنى منه، وغير الجنس المذكور ليس بداخل فى الكلام،
وإنما سمى استثناء تجوزا، وهو على الحقيقة استدراك وإلا هنا بمعنى لكن،
وبهذا قال أهل العربية منهم ابن قتيبة وحكاه عن سيبويه.

وإذا كانت إلا بمعنى لكن المستدركة، فلا مدخل للاستدراك فى
الإقرار، لأنه إثبات للمقر به، فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلا، كأنه قال
له : عندي مائة درهم إلا ثوبا لى عليك، فيكون مقرا بشيء مدعيا لشيء
سواه، فيقبل إقراره ويبطل دعواه كما لو صرح بذلك من غير لفظ
الاستثناء^(١).

وفى البيت وجه آخر، وهو أن الاستثناء فى قول الشاعر من جنس
المستثنى منه وذلك لأن ما بالبلدة يتناول الناس والحيوانات والزروع
والثمار ومن ذلك الظباء والإبل، وأنه لم يجد من يأنس به من كل أولئك.

واستدل الحنابلة فى ظاهر المذهب ومحمد بن الحسن على أن من
أقر بشيء واستثنى من غير جنسه كان استثناؤه باطلا، بأن الاستثناء إخراج
بعض ما تناوله المستثنى منه، مشتق من تثيت فلانا عن رأيه إذا صرفته
عن رأى كان عازما عليه، وتثيت عنان دابتي إذا صرفتها به عن وجهتها
التي كانت تذهب إليها وغير الجنس المذكور ليس بداخل فى الكلام، فإذا
ذكره المقر فى إقراره، فلا يكون صارفا للكلام عن صوابه ولا ثناه عن

(١) المغنى والشرح ج ٥ ص ٢٧٨.

وجه استرساله، فلا يكون استثناء، وإنما سمي استثناء تجوزاً وهو في الحقيقة استدراك، والاستدراك في الإقرار باطل^(١).

يقول اللغويون : استثناء الشيء من غير جنسه لا معنى له وما ورد من ذلك فليس فيه إلا للاستثناء على سبيل الأصل، وإنما هي بمعنى لكن^(٢) ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ مَا أُنزِلْنَا عَلَيْكَ الْقُرْآنَ لِتَشْقَى إِلَّا تَذْكُورَةٌ لِمَنْ يَخْشَى ﴾^(٣) أى لكن أنزلناه تذكراً، وقوله تعالى : ﴿ فَذَكَرْ إِنَّمَا أَنْتَ مُذَكَّرٌ لِمَنْ عَلَيْهِمْ بِمَسِيطَرٍ إِلَّا مَنْ تَوَلَّى وَكَفَرَ فَيُعَذِّبُهُ اللَّهُ الْعَذَابَ الْأَكْبَرَ ﴾^(٤) أى لكن من تولى وكفر.

واستدل أبو حنيفة وأبو يوسف والخرقي على صحة استثناء الدراهم من الدنانير والدنانير من الدراهم، بأن قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر، فإن قوما يسمون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسمون ثمانية دراهم ديناراً، فإذا استثنى أحدهما من الآخر، علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر، فإذا قال : لفلان على دينار إلا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة دراهم، كان معناه : له على تسعة دراهم إلا ثلاثة.

وما ذهب إليه الخرقى اختاره أبو حفص العكبرى وصاحب التبصرة ووصفه صاحب الإنصاف بأنه الصواب^(٥).

هذه هي أقوال الفقهاء وأدلتهم وبالنظر فيها وفيما ورد عليها من مناقشات يتبين أن أرجحها هو ما ذهب إليه الخرقى، لأن الدراهم والدنانير كالجنس الواحد لاجتماعهما في أنهما قيم المتفات وأروش الجنايات وأثمان

(١) المغنى ج ٥ ص ٢٨٧، ٢٨٨.

(٢) قطر الندى وبل الصدى هامش ج ٢ ص ٨٦.

(٣) آية رقم ٣ سورة طه.

(٤) آية رقم ٢٢ سورة الغاشية.

(٥) الإنصاف ج ١٢ ص ١٨٣، المغنى ج ٥ ص ٢٧٧، ٢٧٨.

للأشياء ومستودعا للثروة ووسيطا للتبادل وبهما يتم الإبراء العام، ويعبر بأحدهما عن الآخر وتعلم قيمته منه فأشبهها النوع الواحد.

ومتى أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجز إلغاؤه، وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه.

الاستثناء في الإقرار بالمشيئة

الاستثناء بالمشيئة في الإقرار، إما أن يكون استثناء بمشيئة الله تعالى، أو استثناء بمشيئة أحد من الناس.

أولا : الاستثناء في الإقرار بمشيئة الله تعالى

اختلف الفقهاء فيمن قال : على ألف درهم لفلان إلا أن يشاء الله، أو لك ألف درهم إن شاء الله أو في مشيئة الله تعالى على قولين :

القول الأول : أن من أقر بشيء ووصله بمشيئة الله تعالى، كان إقراره صحيحا ولزمه ما أقربه في الحال.

ذهب إلى ذلك : الحنابلة والمالكية في القول الراجح^(١).

القول الثاني : أن من أقر بشيء ووصله بمشيئة الله تعالى، كان إقراره باطلا ولا يلزمه شيء.

ذهب إلى ذلك : الحنفية والشافعية والمالكية في قول^(٢).

استدل القائلون بصحة الإقرار، بأن المقر قد وجد منه الإقرار، ثم علق رفعه على أمر لا يعلم فلم يرتفع الحكم به.

(١) المغنى ج ٥ ص ٣٤٩، كشاف القناع ج ٦ ص ٤٦٢، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٥٤.

(٢) الفتح على الهداية ج ٦ ص ٣١٤، ٣١٥، تكملة المجموع ج ١٨ ص ٥٤٣، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٥٥.

ولأن مشيئة الله تعالى تذكر في الكلام تبركا وصلة وتقويضا إليه
جل شأنه لا للاستثناء كقوله تعالى : ﴿لندخلن المسجد الحرام إن شاء الله
آمنين مطلقين رؤسكم﴾^(١) وقد علم سبحانه أنهم سيدخلون بغير شك.

ويقول الناس : صلينا إن شاء الله مع تيقنهم صلاتهم، فتعليق
الإقرار على مشيئته الله تعالى لا يؤثر في صحته ولا يبطل مدلوله.

اعترض على هذا الدليل : بأن المقر وإن كان قد وجد منه الإقرار، إلا
أن الاستثناء بمشيئة الله تعالى أخرج الكلام من أن يكون عزيمة، فإن الله
تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال : ﴿ستجدني إن شاء الله
صابرا﴾^(٢) ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك والوعد من الأنبياء كالعهد من
غيرهم، فدل على أن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة وقد قال
ﷺ : "من استثنى فله ثيابه"^(٣) والإقرار لا يكون ملزما إلا بكلام هو
عزيمة^(٤).

واستدل القائلون بأن من وصل إقراره بمشيئة الله تعالى لم يصح إقراره
بأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى، إما إبطال وأما تعليق، فإن كان
إبطالا فقد بطل قبل انعقاده للحكم وإن كان تعليقا فكذلك، إما لأن الإقرار لا

(١) آية رقم ٢٧ سورة الفتح.

(٢) آية رقم ٦٩ سورة الكهف.

(٣) أورده صاحب التكملة ج٦ ص ٣١٤.

(٤) يلاحظ أن الاستثناء بمشيئة الله تعالى مبنى على تقسيم الاستثناء إلى وضعي
والإعراضي.

فالوضعى ما كان بحرف من حروف الاستثناء : إلا وسوى وغيرهما والعرضى
هو التعليق بالمشيئة، لأنه لا يوجد فيه حرف من حروف الاستثناء، وإنما أطلق
عليه لفظ الاستثناء تجوزا لاشتماله على المعنى الموجود فى الاستثناء
الوضعى وهو المنع والصرف، ولأن الله تعالى سماه استثناء فى قوله تعالى :
﴿إذا أقسموا ليصر منها مصبحين ولا يستثنون﴾ سورة القلم ١٧، ١٨، أى لا
يقولون إن شاء الله. بدائع الصنائع ج٧ ص ١٥٣.

يحتمل التعليق بالشرط، لأنه إخبار عما سبق والتعليق إنما يكون بالنسبة للمستقبل وبينهما منافاة، وإما لأنه شرط لا يوقف عليه، فإن وقوع مشيئة الله تعالى مما لا يطلع عليه أحد، والتعليق بما لا يوقف عليه غير صحيح، لأنه يكون إعداماً من الأصل.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية والشافعية لقوة دليله ولأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى تعليق على شرط، وإنما يصح التعليق في الإنشاءات لا الإخبارات، والإقرار إخبار فلا يحتمل التعليق بالشرط، ولأن مشيئة الله تعالى وعدمها مغيبة عنا لا سبيل إلى معرفتها أو الوقوف عليها.

هذا ويشترط في عدم صحة الإقرار بالاستثناء بمشيئة الله تعالى، أن يكون الكلام موصولاً أما إذا كان مفصولاً عنه، فإنه يكون إقراراً صحيحاً، لأن المفصول بمنزلة النسخ والتبديل، والمقر لا يملك ذلك في إقراره، فكذا لا يملك الاستثناء بالمفصول.

ثانياً : الاستثناء بمشيئة شخص

لو قال شخص لآخر : لك على ألف درهم إن شاء زيد أو إلا أن يشاء، أو لك على ألف درهم إن شئت، أو على لك ألف درهم إن شاء بكر ثم قال بكر : شئت. فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لا يصح هذا الإقرار ولا يلزم المقر شيئاً، لأنه علقه بشرط في وجوده خطر، والإقرار لا يحتمل التعليق بالخطر، ولأن الإقرار إخبار متردد بين الصدق والكذب، فإن كان صدقاً لا يصير كذباً بقوات الشرط، وإن كان كذباً لا يصير صدقاً بوجود الشرط، فلا يليق التعليق به أصلاً، إنما التعليق فيما هو إيجاب وإنشاء ليتبين به أنه ليس بإيقاع ما لم يوجد الشرط^(١).

(١) تكملة الفتوح على الهداية ج ٦ ص ٣١٥، تكملة المجموع ج ١٨ ص ٥٤٣.

وذهب القاضى من الحنابلة إلى أن من قال لك على ألف درهم إن شئت أو شاء زيد، صح إقراره ولزمه المال، لأنه أقر بالمال وعقبه بما يرفعه، فصح الإقرار دون ما يرفعه كما لو قال : إن شاء الله.

وقد أجاب صاحب المغنى عن دليل القاضى، بأن الإقرار إخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، والتعليق على مشيئة الأدمى يفارق التعليق على مشيئة الله تعالى، لأن مشيئة الله لا تعلم إلا بوقوع الأمر فلا يمكن وقف الأمر على وجودها ومشيئة الأدمى يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطاً يتوقف الأمر على وجودها، والماضى لا يمكن وقفه فيتعين حمل الأمر ههنا على المستقبل فيكون وعداً لا إقراراً^(١).

ثانياً : الاستدراك فى الإقرار

يقصد بالاستدراك : إلحاق الشئ بالشئ وإتباعه به، لإصلاح خطئه أو إكمال نقصه أو إزالة اللبس عنه.

والاستدراك فى الإقرار : تعقيبه وإتباعه بما يغيره كلاً أو بعضاً، وقد يرجع إلى المقر به أو إلى المقر له.

أولاً : الاستدراك فى المقر به

الاستدراك فى المقر به قد يكون فى القدر وقد يكون فى الصفة.

أ - الاستدراك فى القدر

الاستدراك فى القدر قد يكون فى الجنس وقد يكون فى خلاف الجنس.

فإن كان فى الجنس مثل أن يقول : لفلان على ألف درهم لا بل ألفان، لزمه الألفان على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن الإقرار إخبار والمخبر عنه مما جرى الغلط فى قدره عادة، فتقع الحاجة إلى استدراك

(١) المغنى ج ٥ ص ٣٤٩، ٣٥٠.

الغلط فيه فيقبل إذا لم يكن متهما فيه وهو غير متهم في الزيادة على المقر به فيقبل منه.

وذهب زفر من الحنفية وداود إلى أنه يلزمه ثلاثة آلاف، لأنه أقر بالألف ثم رجع وأقر بألفين، فصح الإقرار ولم يصح الرجوع كما في خلاف الجنس.

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن المقر نفى الاختصار على الألف وأثبت الزيادة عليه بالاستدراك، فيقبل استدراكه لأنه غير متهم في الزيادة على المقر به، والاستدراك في الجنس يختلف عن الاستدراك في خلاف الجنس لأنه لا يقع إلا نادرا فلا يعتد به ولا حكم له.

أما إذا كان الاستدراك في خلاف الجنس، كمن قال لفلان على ألف جنيه لا بل ألف دولار، فإنه لا خلاف في أنه يلزمه الجميع الجنيهاات والدولارات، لما أن الأصل في ذلك : أن لا بل متى تخللت بين ماليتين من جنسيين أنهما يلزماء، ولأن الغلط في خلاف الجنس لا يقع عادة فلا تقع الحاجة إلى استدراكه.

ب- الاستدراك " في صفة المقر به "

إذا وقع الاستدراك في صفة المقر به، بأن قال : لفلان عندي ثوب جديد لا بل قديم، لزمه أميزهما وأرفعهما صفة، لأنه غير متهم في زيادة الصفة، متهم في النقصان، فكان مستدر كافي زيادة الصفة راجعا في النقصان، فيصح استدراكه ولا يصح رجوعه.

ثانيا : الاستدراك في المقر له

إذا رجع الاستدراك إلى المقر له، وكان المقر به ديناء، بأن قال : لفلان على ألف درهم لا بل لفلان، لزمه لكل واحد منهما ألف، لأنه لما أقر بها للأول صح إقراره له فصار واجب الدفع إليه، وقوله : لا بل لفلان رجوع عن الإقرار الأول فلا يصح في حق الأول.

وصح إقراره بها للثانى، لأن إقراره للأول لا يمنع من صحة إقراره بها للثانى. أما إذا كان المقر به عينا معينة : دراهم أو دنائير أو دارا أو ثوبا أو غير ذلك. فإما أن يذكر سبب المقر به أو لا يذكره.

فإن ذكر سبب المقر به كان قال : هذا الألف وديعة فلان لا بل وديعة لفلان، أو قال هذه الدار غصبتها من فلان لا بل من فلان، أو هذه الألف اقترضتها من فلان لا بل من فلان، فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، تكون الألف أو الدار للمقر له الأول ووجب عليه تسليمها له، لأنه أقر بالحق له فلا يقبل رجوعه عنه، ويضمن للثانى مثله أو قيمته، لأنه حال بينه وبين ملكه لإقراره به لغيره والحيلولة سبب للضمان، وسواء دفع إليه بقضاء القاضى أو بغير قضاء القاضى. وقد خالف أبو يوسف من الحنفية فى الإقرار بالوديعة، فذهب إلى أن المقر لو دفع الوديعة إلى الأول بقضاء القاضى لا يضمن للثانى شيئا، لأن فوات الحفظ والهلاك حصل بالدفع إلى الأول بالإقرار والدفع بقضاء القاضى لا يوجب الضمان^(١).

ويجاب عن قول أبى يوسف، بأن إقرار المقر بالإيداع من الثانى صحيح فى حق الثانى فوجب عليه الحفظ بموجب القصد، وقد فوته بالإقرار للأول بل استهلكه فكان مضمونا عليه.

أما إذا لم يذكر سببا، بأن قال هذه الألف لفلان، لا بل لفلان أو هذا الشئ لفلان، لا بل لفلان وادعاهما كل منهما، دفعها إلى المقر له الأول، لأنه لما أقر بها للأول صح إقراره له فصار واجب الدفع إليه، وقوله : لا بل لفلان رجوع عن الإقرار الأول فلا يصح فى حق الأول.

ويصح إقراره بها للثانى، لأن إقراره بها للأول لا يمنع من صحة إقراره بها للثانى، ثم إن دفعها للأول بغير قضاء ضمن للثانى المثل أو القيمة، لأنه أتلف المقر به عليه فيضمن.

(١) يلاحظ أن أبى يوسف مع الجمهور فيما ذهبوا إليه، لكنه خالفهم فى هذه الجزئية فقط، وسيأتى قولان آخران مقابلان لقول الجمهور.

أما إذا كان الدفع بقضاء القاضى فلا يضمن، لأنه لو ضمن لا يخلو إما أن يضمن بالدفع أو بالإقرار، لا سبيل إلى الأول، لأنه مجبور فى الدفع من جهة القاضى فيكون كالمكره ولا سبيل إلى الثانى، لأن الإقرار للغير بملك الغير لا يوجب الضمان لانعدام الإتلاف، وهذا بخلاف الإقرار بالغصب أو القرض.

لأن الغصب سبب لوجوب الضمان فكان الإقرار به إقراراً بوجود سبب وجوب الضمان وهو رد العين عند القدرة وقيمة العين عند العجز، وقد عجز عن رد العين إلى المقر له الثانى فيلزمه رد قيمته.

وكذلك الحكم فى الإقرار بالقرض، لأن القرض سبب لوجوب الضمان، فكان الإقرار به إقراراً بوجود سبب وجوب الضمان، فمن قال : هذه الألف اقترضتها من فلان، لا بل من فلان، فعليه أن يرد الألف القائمة إلى الأول لصحة إقراره بها لها ويضمن للثانى ألفاً أخرى ضماناً للقرض.

وذهب الشافعية فى قول والحنابلة فى قول عبر عنه صاحب الإنصاف بقليل والمالكية فى قول أن من قال : هذه الدار لزيد بل لبكر أو غصبتها من زيد بل من بكر، أنها تسلم لزيد ولا يغرم لبكر شيئاً، لأن الإقرار الثانى صادق بملك الغير فلا يلزمه به شىء، كما لو أقر بالدار التى فى يد زيد لبكر، وهذا القول لا يفرق بين ما إذا ذكر المقر سبباً أو لم يذكر.

وفى المذهب الحنبلى قول ثالث عبر عنه أيضاً صاحب الإنصاف بقليل : أنه لا إقرار مع استدراك متصل ثم قال اختاره الشيخ تقي الدين بن تيمية رحمه الله. وهو الصواب^(١).

(١) انظر : مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٠٠ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢١٢، ٢١٣
الإنصاف للمحقق علاء الدين المرداوى ج ١٢ ص ١٩٧ مغنى المحتاج ج ٢
ص ٢٥٧، تكملة المجموع ج ١٨ ص ٥٦٠ المغنى ج ٥ ص ٢٩٦، لسان الحكام
ص ٢٧٠ المقنع ج ٣ ص ٧٤٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣
ص ٤١٠، ٤٠٤.

ثالثا : تعقيب الإقرار بما يسقطه أو يرفعه حكمه

قد يقر الشخص بشيء ثم يعقب إقراره بما يرفعه أو يسقطه، فما أثر هذا التعقيب على صحة الإقرار.

للفقهاء في ذلك قولان :

القول الأول : أن من أقر بشيء ثم وصله بما يسقطه يلزمه ما أقر به ولا يقبل قوله في إسقاطه.

ذهب إلى ذلك : أبو حنيفة والمالكية والشافعية في قول والحنابلة.

واستدلوا عليه : بأن تعقيب المقر للإقرار بما يسقطه يناقض ما أقر به، وذلك يعتبر رجوعا، والرجوع عن الإقرار لا يصح في حقوق العباد، فنعمل بأول إقراره ويلغى آخره.

القول الثاني : أن من أقر بشيء ثم وصله بما يسقطه، يبطل إقراره ولا يلزمه شيء.

ذهب إلى ذلك : أبو يوسف ومحمد من الحنفية والشافعية في قول والحنابلة في قول القاضي.

واستدلوا عليه : بأن كلام المقر كلام واحد فتعتبر جملته ولا يتبعض.

وفيما يلي نعرض لبعض الصور التي عقب فيها المقر بما يسقط إقراره أو يقيده.

أولا : من أقر أن لفلان عليه ألف درهم من ثمن بيع لم يقبضه وكذبه المقر له فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء : لا يقبل قوله ويلزمه ما أقر به، لأن قوله لم أقبضه رجوع عما أقر به فلا يصح.

وعلى ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد والشافعية فى القول الأصح والمالكية فى قول، يقبل قوله ويصدق فيه ولا يلزمه تسليم الألف، لأن الأصل أنه لم يقبض المبيع فلا يلزم تسليمه ما فى مقابلته، ولأن ما ذكره لا يرفع ما قبله، ولأن المقر له يدعى القبض والمقر ينكره والقول قول المنكر.

ثانياً : من أقر أن لفلان عليه ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير أو من مال قمار أو ربا فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، يلزمه الألف ولا يقبل تفسيره وصل أم فصل، لأن قوله من ثمن خمر إسقاط للإقرار بعد وجوبه فيلغى لأنه أشبه ما لو قال : على ألف لا تلزمنى، ولأن ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعاً.

وعلى ما ذهب إليه الشافعية فى قول والحنابلة فى قول القاضى وأبو يوسف ومحمد من الحنفية، لا يلزم المقر شيئاً، لأنه أسند إقراره إلى سببه فقبل منه كما لو عزاه إلى سبب صحيح^(١).

ويجاب عن هذا، بأن ما ذكره المقر من سبب يناقض ما أقر به فلم يقبل منه.

أما أبو يوسف ومحمد فقد عللوا عدم لزوم المقر شيئاً إذا وصل بقوله على ألف من ثمن خمر، بأن المقر بين بأخر كلامه، أنه ما أراد بأوله الإيجاب، لاحتمال أنه بنى إقراره على عادة الفسقة، فإن الخمر مال يجرى فيه الشح والظن، وقد اعتاد الفسقة شرائها وأداء ثمنها، فكان آخر كلامه بياناً مغيراً، فيصح موصولاً. ويجاب عن ذلك : بأن هذا التعليل منقوض، فيما إذا قال : من ثمن خنزير، لأنه لا يحتمل فى هذه الصورة أن يبنى إقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما فى صورة إن قال : من ثمن

(١) انظر : أقرب المسالك ج٢ ص ١٩٤ مغنى المحتاج ج٢ ص ٢٥٥، تكملة الفتح والنهاية على الهداية ج٦ ص ٣٢٠، ٣٢٢، مجمع الأنهر ج٢ ص ٢٩٩، المغنى ج٦ ص ٢٨٧، ٢٨٨، تكملة الممنوع ج١٨ ص ٥٥٩، ٥٦٠. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٢ ص ٤٠٤.

خمر، إذ لا يقع منهم شراء الخنزير ولا أداء ثمنه أصلاً فضلاً عن اعتيادهم بذلك.

وأما عادة غير المسلمين فلا تصح لأن تجعل مبنياً للكلام، لأن الكلام في المسلم، والدليل المسوق هو للصوتين معاً، الخمر والخنزير ومن ثم لا يتم الاستدلال به^(١).

وبهذا ينتهى الكلام عن الإقرار ويلين الكلام عن اليمين القضائية.

(١) الفتح على الهداية ج ٦ ص ٣٢٢.

الفصل الثالث

فى

اليمين القضائية

وفيه مباحث

المبحث الأول

فى

مشروعية اليمين القضائية

اليمين وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية، وطريق من طرق القضاء التى يستند إليها القاضى فى إصدار حكمه فى فصل النزاع وقطع الخصومة الحالة بين الأطراف المتنازعة^(١).

واليمين كطريق من طرق القضاء يلجأ إليها القاضى حين ينكر المدعى عليه الدعوى ويعجز المدعى عن إقامة البينة على دعواه ويطلب تحليف المدعى عليه^(٢).

واليمين القضائية مشروعة، وقد ثبتت شرعيتها بالسنة والإجماع والمعقول.

(١) تطلق اليمين لغة على الحلف والقسم، وتطلق على معان أخرى منها :

١- القوة قال تعالى : ﴿فَوَاضِلِهِمْ ضُوبًا بِالْيَمِينِ﴾ ٩٣ الصافات. وسميت

اليدين اليمينيين لزيادة قوتها على الأخرى.

٢- الجهة، فاليمين ضد اليسار، واليمين مؤنث والجمع أيمن وإيمان. وتعرف اليمين كطريق من طرق القضاء بأنها : تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى، فالحالف يقوى صدقه باليمين باعتبار أنه جعل الله تعالى شاهداً على صدقه سواء كان مدعياً أو مدعى عليه، لأن المدعى يحلف على إثبات الحق، والمدعى عليه يحلف على نفيه الحق المدعى به ورد إدعاء المدعى.

(٢) المغنى والشرح الكبير ج ١١ ص ٤٥٣.

أولاً : السنة

١- ما رواه البخارى ومسلم وغيرهما عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما، أن النبي ﷺ قال : "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه" وفى رواية للبيهقى : ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر^(١).

٢- ما رواه مسلم وغيره عن ابن عباس رضى الله عنهما : أن رجلاً من حضر موت ورجلاً من كندة اختصما إلى النبي ﷺ، فقال النبي ﷺ للحضرمي : ألك بينة قال : لا، قال : فلك يمينه، قال يا رسول الله إنه فاجر لا يبالي بما حلف ليس يتورع عن شيء فقال : ليس لك منه إلا ذلك^(٢).

وجه الدلالة من الحديثين : دل الحديثان وغيرهما مما فى معناهما صراحة على مشروعية اليمين فى جانب المدعى عليه عند عجز المدعى عن إثبات دعواه.

ثانياً : الإجماع

جرى عمل المسلمين من عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على تحليف المدعى عليه اليمين عند إنكاره الحق المدعى به وعجز المدعى عن إثباته ولم يخالف فى ذلك أحد^(٣).

ثالثاً : العقول

وهو أن كثيراً من المعاملات التى تجرى بين الناس لا يشهدها أحد، وقد يتعذر على المدعى إحضار شهود الواقعة بسبب موتهم أو غيبتهم أو عدم العلم بمكانهم أو بسبب آخر، ولا يجد من وسيلة لإثبات حقه إلا الاحتكام إلى دين المدعى عليه وضميره عساه يخشى الله ويخافه ويعترف

(١)، (٢) سبل السلام ج ٤ ص ١٣٤، نيل الأوطار ج ٨ ص ٣٤١.

(٣) نبيين الحقائق للزيلعى ج ٣ ص ١٠٧.

بالحق، فكانت اليمين لذلك مما يقتضيها العقل ويرأها ضرورية في الإثبات لإنهاء الخلاف عند العجز عن سواها، فإن كان الحالف صادقاً في إنكار الدعوى فقد دفع افتراء المدعى، ولا شيء عليه من إثم أو غيره، لأن الله شرع اليمين ولا يشرع محرماً، وإن كان كاذباً فقد ارتكب كبيرة وباء بغضب من الله تعالى واشترى بيمينه ثمناً بخساً وغمس نفسه في نار جهنم، قال تعالى : ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يَكَلِمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ وأخرج البخاري وغيره عن عبد الله بن عمر عن النبي ﷺ أنه قال : "الكبائر الإشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس" (١).

الحكمة من جعل اليمين على المدعى عليه

جعلت اليمين على المدعى عليه ابتداء لقوة جانبه عن جانب المدعى، لأن الأصل فراغ ذمته وبرأته مما يدعيه المدعى فكان الظاهر معه، ومن ثم اكتفى منه باليمين وهي الحجة الضعيفة لقوة جانبه، وجعلت البينة على المدعى ابتداء لضعف جانبه، فاحتاج إلى حجة قوية وهي البينة.

المبحث الثاني

في

أقسام اليمين القضائية

تنقسم اليمين إلى أقسام كثيرة باعتبارات مختلفة والذي يعيننا من هذه التقسيمات في هذه الدراسة تقسيمها باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات.

(١) آية رقم ٧٧ سورة آل عمران.

واليمين كوسيلة من وسائل الإثبات تنقسم إلى يمين المدعى عليه
ويمين المدعى.

أولاً : يمين المدعى عليه

تسمى هذه اليمين باليمين الدافعة والأصلية والرافعة والواجبة^(١).
وسميت بالدافعة لأنها تدفع إدعاء المدعى وبالأصلية لأنها
المقصودة عند الإطلاق وبالرافعة لأنها ترفع النزاع وتقطع الخصومة
وبالواجبة كما يقول الحنفية، لأنها تجب على المدعى عليه عند طلب
المدعى.

وهذه اليمين هي المقصودة بالكلام وتفصيل الأحكام كطريق من
طرق القضاء.

ثانياً : يمين المدعى

يمين المدعى على قسمين : اليمين الجالبة ويمين الاستظهار.

أ - اليمين الجالبة

وهي التي يثبت بها الحق على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء عند
وجود السبب المقتضى لها.

والسبب المقتضى لها قد يكون نكول المدعى عليه عن اليمين
الأصلية وطلب ردها على المدعى على ما سيأتى، وقد يكون لوثاً وهي
إيمان القسامة فى القتل والجراح وقد يكون عجز المدعى عن إثبات دعواه
بشهادة شاهدين واقتصاره على شاهد واحد كما سبق إلى غير ذلك من
الأسباب.

(١) سبل السلام ج٤ ص ١٠٥.

ب - يمين الاستظهار

وتسمى بيمين الاستيثاق ويسمىها المالكية والحنفية بيمين القضاء ويمين الاستبراء^(١)، وعامة الفقهاء والعلماء على أن هذه اليمين بوجهها القاضى إلى المدعى بعد تقديم أدلته على دعواه فى كل دعوى تستدعى منه الحيلة لها والاستيثاق من صدقها كما فى الدعوى على الميت والغائب، وذلك استثناء من الأصل العام وهو عدم اجتماع البينة واليمين فى جانب واحد، الذى دل عليه قوله ﷺ: "البينة على المدعى واليمين على من انكر" وقوله عليه الصلاة والسلام للمدعى: شاهدك أو يمينه، فقال المدعى: يا رسول الله إنه فاجر لا يبالى ما حلف عليه، فقال: ليس لك إلا ذلك".

فهذان الحديثان وغيرهما كثير جعلوا البينة فى جهة المدعى واليمين فى جهة المدعى عليه، فاجتماعهما معاً فى جهة واحدة معارض بهذه الأحاديث فلا يجوز، ولأن شهادة الشاهدين حجة كاملة تستلزم الحكم بها وفى توجيه اليمين على المدعى مع ظهور صدقها طعناً فيها وهو لا يجوز.

وجه الاستثناء

إن البينة لا تقيد إلا غلبة الظن، وقد تكون الدعوى على ميت أو غائب مع احتمال أن يكون المدعى قد استوفى دينه من الميت أثناء حياته أو من الغائب قبل غيبته وليس للشاهد علم بذلك، وذلك يورث عند القاضى الشك والريبة فكان الاحتياط لهما أن يوجه القاضى اليمين إلى المدعى بعد استكمال بينته لاستظهار الحق الذى لا يعرفه فى الواقع سواه، وبذلك يندفع عن القاضى هذا الاحتمال ويزول عن نفسه هذا الشك.

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ٢١٧، ٢١٨، أقرب المسالك ج ٢ ص ٢٤٦، معين الحكام ج ٩٢.

وفى حكم الدعوى على الميت والغائب، كل دعوى خاصة تستدعى من القاضى أن يحتاط لها وأن يستوثق من صدقها، لوجود شبهة أو ريبية أو شك.

يقول ابن فرحون فى تبصرة الحكام : يمين القضاء لا نص على وجوبها لعدم الدعوى على الحالف بما يوجبها، إلا أن أهل العلم رأوا ذلك فى سبيل الاستحسان نظراً للميت أو الغائب وحياطة عليه وحفظاً لما له للشك فى بقاء الدين عليه^(١).

هذا وقد اختلف الفقهاء فى تعداد هذه الوقائع الخاصة المستثناة ما بين موسع ومضيق. فذهب الحنفية فى القول الذى عليه الفتيا والقضاء بأن الوقائع التى تجب فيها يمين الاستظهار بلا طلب بعد إقامة البينة عليها هى : ١- الدعوى على الميت، فمن ادعى ديناً على الميت وأقام بينة يحلفه القاضى بلا طلب الوصى والوارث بالله ما استوفيت من المديون ولا من أحد أداه إليك عنه ولا قبضه لك قابض بأمرك ولا أبرأته منه ولا شئ منه ولا أحلت بشئ من ذلك أحداً ولا عندك به ولا بشئ منه رهن، ولا خصوصية لدعوى الدين، بل يحلف فى كل موضع يدعى حقاً فى التركة وأثبتته بالبينة، ويحلف كذلك من ادعى أنه دفع للميت دينه وبرهن على ذلك احتياطاً.

٢- دعوى الاستحقاق، لو شهد شاهدان لرجل بشئ معين فى يد آخر، فإنه لا يستحقه حتى يحلف بالله ما باع ولا وهب ولا خرجت العين من يده

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٣٥، هذا وقد فرق بعض فقهاء المالكية بين يمين الاستظهار ويمين القضاء، بأن يمين القضاء واجبة لا يتم الحكم إلا بها على المذهب، وينقض الحكم إذا خلا عنها، أما يمين الاستظهار فهى تقوية للحكم فقط، فلا ينقض الحكم بدونها، ثم قال الدسوقي فى حاشيته. لكن المذهب هو الأول، أى أن يمين الاستظهار هى يمين القضاء، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٦٢.

بطريق من الطرق المزیلة للملك، لاحتمال أن يكون باعها من المدعى عليه أو غير ذلك من الاحتمالات ومع الاحتمالات لابد من اليمين.

٣- دعوى المرأة على وكيل زوجها الغائب، النفقة وإقامتها البينة على إثبات الزوجية والغيبة واتصالها وأنهم ما علموه ترك لها نفقة، فلا بد من يمينها أنها لم تسقط حقها ولا أرسل لها نفقة ولا أحوالها على أحد ولم يطلقها.

٤- إذا أقام الغريم المجهول الحال بينة على أنه معدم، فلا بد من يمينه أنه ليس له مال ظاهر ولا باطن، لأن البينة إنما شهدت على الظاهر، ولعله غيب مالا خارجا عن علم الشهود، وضابط باب القضاء بالبينة التامة مع يمين القضاء في المذهب الحنفى: أن كل بينة شهدت بظاهر، فإنه يستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر^(١).

ونى الفقه الشافعى: تجب يمين الاستظهار بدون طلب الخصم بعد

إقامة البينة فى الدعوى على الميت والغائب، ومحل وجوب التحليف بالنسبة للدعوى على الميت إذا لم يكن له وارث خاص فإن كان اعتبر فى الحلف طلب الوارث لأن الحق له فى التركة ولا فرق فى الدعوى على الميت أن تكون بمال أو قتل وبالنسبة للغائب ألا يكون له وكيل حاضر، فإن كان له وكيل حاضر فلا يحلف، وهذا جار على صحة إقامة الدعوى على الغائب فى المذهب الشافعى خلافا للمذهب الحنفى فعندهم لا يصح القضاء على الغائب ولا له إلا بحضرة نائبه حقيقة كوكيله أو شرعا كوصى نصبه القاضى.

وتجب يمين الاستظهار فى المذهب الشافعى فى الدعوى على الصغير والمجنون، وذلك فى حال عدم وجود نائب خاص عنهما، ولا يرد

(١) معين الحكام ص ٩٢، ٩٣، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٠٣، ٢٠٤، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٥٤.

على ذلك القول بأن شرط المدعى عليه أن يكون مكلفا ملتزما للأحكام فلا تصح الدعوى على صبي ومجنون، لأنه يقال : محل ذلك عند حضور وليهما فتكون الدعوى على وليهما، أما عند غيبته فالدعوى عليهما كالدعوى على الغائب فلا تسمع إلا أن يكون هناك بينة وتستكمل بيمين المدعى.

ويحلف كذلك فى دعوى الجراح فى العضو الباطن إذا قال إنه كان صحيحا وأقام بينة، وفى الرد بالعيب إذا أقام بينته أنه كان كذلك^(١).

وفى الفقه المالكي : توجه يمين القضاء وبعد إقامة البينة الكاملة فى الدعوى على الميت أو الغائب أو اليتيم أو الوقف أو المساكين وعلى كل وجه من وجوه البر.

وتوجه فى الدعوى على بيت المال وعلى كل من استحق شيئا من الحيوان وفى الاستحقاق عامة، ولا يتم الحكم إلا بها.

ومما يحكم فيه باليمين مع الشاهدين : شهادة السماع وكذلك إذا شهد للمدعى شاهدان على خط غريمة، ومن ذلك إذا قامت بينة للغريم المجهول الحال بأنه معدم^(٢).

وفى المذهب الحنبلى : قال ابن هبيرة فى الإفصاح عن معانى الصحاح ص ٤٣٠ : إذا قامت البينة على الغائب والصبي فيستحلف المدعى مع بينته فى رواية عن الإمام أحمد وفى رواية أخرى يحكم بالبينة التى أقامها من غير أن يستحلف، وزاد المجد ابن تيميه فى المحرر فى الفقه على مذهب الإمام أحمد ج ٢ ص ٢١٠ : المستتر فى البلد والميت والمجنون.

(١) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٠٧، ٤٠٩، ٤٦٧، كتاب أدب القضاء لابن أبى الدم
ص ٢٦١، ٢٦٢.

(٢)

هذه هي الوقائع التي نص عليها جمهور فقهاء المذاهب الأربعة في القضاء يمين الاستظهار مع البيئة التامة. استثناء من الأصل العام وهو عدم اجتماع البيئة واليمين في جانب واحد.

وقد خالف في ذلك بعض السلف وذهب إلى أن يمين الاستظهار جائزة مع قيام بيئة المدعى مطلقا.

نقل هذا القول ابن القيم رحمه الله وحكاه عن الإمام على وشريح وأحمد في وجهه.

جاء في الطرق الحكمية ص ١٧١، ص ١٧٢ ما نصه : قال أبو عبيدة إنما نرى شريحا أوجب اليمين على الطالب مع بينته حين رأى الناس مدخولين في معاملاتهم واحتاط بذلك، ولما قيل له : ما هذا الذي أحدثت في القضاء ؟ قال : رأيت الناس أحدثوا فأحدثت.

وتال الطحاوي : وروى ابن أبي ليلي عن الحكم عن حبيش : أن عليا استحلف عبد الله ابن الحسن مع بينته "وأنه استحلف رجلا مع بينته فأبى أن يحلف، فقال : لا أقضى لك بما لا تحلف عليه".

ثم قال : وفي مذهب أحمد وجهان، فإن أحمد سئل عنه ؟ فقال : قد فعله على والصحابة رضى الله عنهم أجمعين، قال الخلال في الجامع : حدثنا محمد بن علي حدثنا مهنا قال : سألت أبا عبد الله عن الرجل يقيم الشهود أبستقيم للحاكم أن يقول لصاحب الشهود أحلف ؟ فقال : قد فعل ذلك على.

وبعد أن نقل ابن القيم هذه النصوص وغيرها، رجع القول بتحليف المدعى بعد إقامة بينته، لأنه قول ليس ببعيد عن قواعد الشرع ولا سيما مع احتمال التهمة، أما مع عدم التهمة فلا وجه له.

حكم يمين الاستظهار

جمهور الفقهاء على أن يمين الاستظهار واجبة وهي مستحقة على المدعى لا يصح الحكم إلا بها ويوجهها القاضى بلا طلب^(١). وفى قول عند الشافعية ورواية عند الحنابلة أنها مستحبة، والصحيح أنها واجبة لعجز هؤلاء عن التدارك ولا يتم القضاء إلا بها^(٢).

أحكام اليمين الموجهة إلى المدعى عليه

متى توجه اليمين إلى المدعى عليه، ومن هو صاحب الحق فيها. إذا صحت الدعوى بتوفر شروطها، سأل القاضى المدعى عليه عنها لوجوب الجواب عليه بقوله :

أن خصمك أدعى عليك كذا فماذا تقول ؟ فإذا أقر بها وصدق المدعى، ألزمه بإقراره، أى حكم عليه بالخروج عن موجب ما أقر به، لأن الإقرار حجة بنفسه فلا يتوقف فى صدقه على الحكم من القاضى، ولفظ القضاء فى الإقرار مجاز، بخلاف الشهادة، فإنها خبر محتمل وبالقضاء تصير حجة ويسقط احتمال الكذب^(٣). أما إذا أنكرها، فإن القاضى يسأل المدعى البينة على دعواه، فإن أقامها حكم له على خصمه، لوجود الحجة الملزمة للقضاء، وإن عجز عنها وطلب تحليف المدعى عليه اليمين على صدق إنكاره، وجب عليه اليمين، لما صح عن النبى ﷺ أنه قال للمدعى :

(١) مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٠٧، كتاب أدب القضاء على هامش ص ٢٦١، معين الحكام ص ٩٢ تبصرة الحكام ج١ ص ٣٣١.

(٢) مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٠٧، كتاب أدب القضاء ج١ ص ٢٦١، الإفصاح من معانى الصحاح ص ٤٣٠.

(٣) البحر الرائق ج٧ ص ٢٠٢، ٢٠٦، مجمع الأنهر ج٢ ص ٢٥٣، نمغنى المحتاج ج٤ ص ٤٧٧، الإنصاف ج١٢ ص ١١٩، تبصرة الحكام ج١ ص ٢٢٣، المغنى والشرح ج١٢ ص ٤٥٣، تبصرة الحكام ج١ ص ٢٢٣، الشاف ؟؟؟؟ ج٦ ص ٤٤٧.

"ألك بيعة؟ فقال : لا فقال : فلك يمينه فقال : يحلف ولا يبالى، فقال ﷺ : ليس لك إلا هذا شاهدك أو يمينه".

فهذا الحديث يدل بصريحه كما يقول العلماء

أولا : على أن المدعى إذا عجز عن إقامة البينة، أن له تحليف المدعى عليه على عدم صحة دعواه.

وثانيا : على أن اليمين حق للمدعى يتوقف على طلبه، ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يطلب من المدعى عليه اليمين إلا بعد طلب المدعى، لأن التحليف حقه فلا يستوفى إلا بطلبه، فلو حلفه القاضي قبل طلب المدعى، فلا يفيد يمينه، لأنها جاءت قبل أوانها، وللمدعى الحق فى أن يطالب بإعادتها^(١).

وثالثا : على أن المدعى عليه لو حلف قبل توجيه اليمين إليه من القاضي، أنه لا عبرة بيمينه، لأن الاعتبار فى اليمين بنية القاضي، فإذا حلف من غير استحلافه، نوى ما لا يحنث به، فيجعل ذلك طريقا إلى إسقاط الحقوق^(٢).

(١)، (٢) المراجع السابقة، وأقرب المسالك جـ ٢ ص ٣٣٩، تكملة المجموع شرح المذهب ج ١٨ ص ٤٥٤.

المبحث الثالث

فى

أثر حلف المدعى عليه على انقطاع الخصومة وسقوط الحق

المدعى به

أ- انقطاع الخصومة

إذا حلف المدعى عليه اليمين كما وجهها إليه القاضى بناء على طلب المدعى بعد عجزه عن إثبات دعواه، فلا خلاف بين الفقهاء فى أنه يترتب على الحلف قطع الخصومة الحالة بين الأطراف المتنازعة وسقوط الدعوى المتنازع عليها أمام القضاء، لقوله عليه السلام: "ليس لك إلا ذلك" ^(١).

ب- سقوط الحق المدعى به

اختلف الفقهاء فى سقوط الحق المدعى به وبراءة ذمة المدعى عليه منه أمام القضاء بحلفه على ثلاثة أقوال.

القول الأول: أن الحق المدعى به لا يبطل بالحلف ولا يسقط

بسقوط الخصومة الحالة، بل للمدعى أن يخاصم المدعى عليه إذا أقام بينة.

ذهب إلى ذلك: جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة وقال به

: سفيان الثورى والليث بن سعد ^(٢).

القول الثانى: أن الحق المدعى به يسقط قضاء بحلف المدعى عليه

وليس للمدعى أن يخاصمه مرة أخرى ولو أقام على ذلك بينة.

ذهب إلى ذلك: الظاهرية ^(٣).

(١) المراجع السابقة، مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٧٧.

(٢) المراجع السابقة، المحلى لابن حزم ج١٠ ص ٥٢٥، المسألة ١٧٨٦.

(٣) المحلى لابن حزم ج١٠ ص ٥٢٤، المسألة ١٧٨٦، المغنى والشرح ج١٢ ص ١١٠.

القول الثالث : أن الحق المدعى به يسقط ويبرأ المدعى عليه منه بحلفه، إلا إذا شرط المدعى أنه إذا ظهرت له بينة يقيمها فهو على شرطه، وإلا لعذر كنسيان للبينّة عند تحليف المدعى عليه أو عدم علم بها قبل تحليفه أو ظنه أن البينة لا تشهد له أو أنها ماتت أو غابت غيبة بعيدة، فإذا وجد الشرط أو كان له عذر من ذلك، فله أن يقيم البينة بعد الحكم باليمين ويحلف يمينا على عذره.

ذهب إلى ذلك : المالكية^(١).

استدل جمهور الفقهاء بالسنة والمأثور والمعقول

أولا : السنة : أخرج أحمد والنسائي والحاكم عن أبي هريرة قال : "جاء رجلان يختصمان إلى رسول الله ﷺ فقال للمدعى : "أقم البينة فلم يقمها، فقال للآخر : أحلف فحلف بالله الذي لا إله إلا هو ماله عنده شيء، فقال رسول الله ﷺ : فقد فعلت ولكن غفر لك بإخلاص لا إله إلا الله".

وفى رواية للحاكم : بل هو عندك ادفع إليه حقه، وفى رواية لأحمد: فنزل جبريل عليه السلام على النبي ﷺ فقال : إنه كاذب إن له عنده حقه، فأمره أن يعطيه وكانت كفارة يمينه صدقه فى قوله لا إله إلا الله^(٢).

وجه الدلالة من الحديث

دل الحديث على عدم براءة ذمة المدعى عليه بمجرد الحلف، لأنه أمر الحالف بعد حلفه بالخروج عن حق صاحبه كأنه علم كذبه والشهادة طريق من طرق علم القاضى بالحق المدعى به، لأن ظاهرها

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك ج ٢ ص ٣٣٩.

(٢) انظر فى تخريج الحديث وما قيل فيه من ناحيتى الصحة والضعف والجرح والتعديل مامش شرح الزركشى ج ٧ ص ٧٠. طبع ونشر مكتبة العبيكان بالرياض.

الصدق، ويلزم من صدقها كذب اليمين المتقدمة، فمن ثم جاز القضاء بها بعد وقوع اليمين^(١).

ثانياً : الآثار

- ١- ثبت عن عمر رضى الله عنه أنه قبل البينة بعد أداء اليمين.
- ٢- أخرج البخارى عن شريح أنه قال : البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة، وفى رواية أخرى : اليمين الفاجرة أحق أن ترد بالبينة العادلة.

دل الأثران على أن البينة حجة فى انقطاع الخصومة للمال مؤقتاً إلى غاية إحضار البينة، وليست حجة فى سقوط الحق المدعى به وبراءة ذمة المدعى عليه منه قضاء، فلو أقام المدعى بينة بعد يمين المدعى عليه قبلت منه^(٢).

ثالثاً : المعقول

وهو أن البينة هى الأصل فى الحجية، فأما اليمين فكالخلف عنها، لأنها كلام الخصم ويصار إليها عند الضرورة، فإذا جاء الأصل انتهى حكم الخلف كأنه لم يوجد أصلاً^(٣).
واستدل الظاهرية ومن وافقهم على أن اليمين تسقط الحق قضاء بالسنة والمعقول.

أما السنة فيما رواه البخارى ومسلم وغيرهما عن الأشعث بن قيس قال : كان بينى وبين رجل خصومة فى بئر فاخْتَصَمْنَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فقال : شاهداك أو يمينه وجه الدلالة من الحديث – دل الحديث على أنه ليس للمدعى إلا شاهداه أو يمين المدعى عليه وليس له أن يجمع بينهما، فإذا

(١) نيل الأوطار ج ٨ ص ١٦٤.

(٢) الميسوط للرضى ج ١٦ ص ١١٩.

(٣) صحيح البخارى بشرح السندى ج ٢ ص ٧٠.

حلف المدعى عليه فلا تقبل بينة المدعى بعد ذلك، حتى لا يجمع بينهما.
"ويؤيد ذلك ما ورد في بعض روايات الحديث : ليس لك منه إلا ذلك" (١).

اعترض على وجه الدلالة من الحديث، بأن الحديث حصر حق المدعى في الشاهدين ويمين المدعى عليه، أما منع الجمع بينهما فلا دلالة للحديث عليه (٢).

وأما المعقول، فهو أن اليمين حجة المدعى عليه فلا تسمع بعدها حجة المدعى، كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بينة المدعى.

اعترض على المعقول، بأن البينة هي الأصل واليمين بدل عنها، ولهذا لا تشرع إلا عند تعذر البينة، والبديل يبطل بالقدرة على المبدل ولا يبطل الأصل بالقدرة على البديل.

ويدل على الفرق بينهما، أنهما حال اجتماعهما وإمكان سماعهما تسمع البينة ويحكم بها ولا تسمع اليمين ولا يسأل عنها (٣).

واستدل المالكية على سقوط الحق المدعى به بحلف المدعى عليه إلا لعذر أو شرط، بأن استحلاف المدعى للمدعى عليه يسقط بينته الحاضرة لرضاه بذلك إن لم يكن شرط أو عذر.

أما لو كان هناك شرط أو عذر، فإنه يكون على شرطه أو عذره، وله أن يقيم البينة إذا جاء بها على أن يحلف يميناً على عذره (٤).

وبالتأمل فيما ذهب إليه المالكية نجده لا يخرج في مضمونه ومعناه عن القولين السابقين ذلك لأن المدعى إذا لم يكن له عذر، فإن حقه يسقط

(١) المحلى ج ١٠ ص ٥٢٤، ٥٢٥.

(٢) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٧٧.

(٣) المغنى والشرح ج ١٢ ص ١١١.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٤٦، بلغة السالك لأقرب المسالك ج ٢ ص ٣٣٩.

قضاء يحلف المدعى عليه وليس له أن يقيم بينته بعد ذلك، وهذا عين القول الثانى.

أما إذا كان له عذر، فإن حقه لا يسقط بالحلف وله أن يقيم بينة عليه وتسمع دعواه، وهذا أيضا ما يقول به جمهور الفقهاء فى القول الأول، لأن المدعى لا يلجأ إلى يمين المدعى عليه فى الواقع ونفس الأمر إلا إذا لم تكن بينته حاضرة وقادرة على أداء الشهادة ولذلك نرى أن الراجح ما يقول به جمهور الفقهاء، وهو أن يمين المدعى عليه وإن أسقطت الخصومة الحالة، إلا أنها لا تسقط حق المدعى، بل تبقى ذمته مشغولة به قضاء كما هى مشغولة به ديانة، إن كان المدعى محقا فى دعواه، لأن اليمين حجة ضعيفة شرعت فى جانب المدعى عليه القوى، لأن الظاهر معه وهو فراغ ذمته.

أما جانب المدعى فهو ضعيف فكلف الحجة القوية وهى البينة فإذا جاءت هذه الحجة القوية بصدقها الظاهر، لم يعول على الحجة الضعيفة وهى اليمين المتقدمة لظهور فجورها وكذبها، اليمين الفاجرة أحق أن ترد بالبينة العادلة ويؤيد هذا الترجيح قوله ﷺ فيما رواه أبو هريرة : "إن لصاحب الحق مقالا" أى منطقا ومبررا، لأن يطلب حقه بما يراه مناسبا له.

وقوله ﷺ فيما رواه البخارى عن أم سلمة رضى الله عنها إن رسول الله ﷺ قال : "إنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضى بنحو مما أسمع، فمن قضيت له من أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار" (١).

فقد دل الحديث كما يقول ابن المنير، أن النبى ﷺ لم يجعل اليمين الكاذبة قاطعة لحق المحق، بل نهاه بعد يمينه عن القبض وسأوى بين حالتيه بعد اليمين وقبلها فى التحريم، وذلك يؤذن ببقاء حق صاحب الحق على ما

(١) سبل السلام ج٤ ص ١٢١.

كان عليه، فإذا ظفر في حقه ببينة فهو باق على القيام بها لم يسقط أصل حقه من ذمة مقتطعه باليمين.

المبحث الرابع

في

صيغة اليمين وتخليطها

جمهور الفقهاء على أن اليمين المشروعة في الحقوق التي يبرأ بها المطلوب هي: اليمين بالله تعالى، لقوله جل شأنه : ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللّهِ جَهْدَ إِيمَانِهِمْ﴾^(١). أى أن من أقسم بالله فقد أقسم جهد اليمين، وقال تعالى : ﴿فَيَقْسَمَانِ بِاللّهِ لَشَهِدَتْنَا أَهَقْ مِنْ شَهِادَتِهِمَا﴾^(٢). وقال سبحانه : ﴿شَهِادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصّادِقِينَ﴾^(٣).

وقال ﷺ فيما رواه البخارى ومسلم : "من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت وصح أن النبى ﷺ استحلف ركانه بن عبد يزيد فى الطلاق الذى أوقعه فقال : والله ما أردت إلا واحدة"^(٤).

وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه^(٥). وهذه الصيغة : "القسم بالله تعالى" مشروعة فى حق كل من توجهت إليه اليمين، مسلما كان أو كافرا رجلا أو امرأة عدلا أو فاسقا، لقوله ﷺ : "اليمين على المدعى عليه".

(١) آية رقم ١٠٩ سورة الأنعام.

(٢) آية ١٠٧ سورة المائدة.

(٣) آية ٦ سورة النور.

(٤) نيل الأوطار ج ٨ ص ٢٥٥، سبل السلام ج ٣ ص ١٧٤.

(٥) المغنى ج ١٢ ص ١١٣.

ولأن الحلف للتعظيم ولا يجوز أن نعظم إلا الله تعالى، وصيغ اليمين بالله هي : والله أو بالله أو تالله^(١).

وذهب المالكية في المشهور إلى أن صيغة اليمين هي : "أقسم بالله الذي لا إله إلا هو" وهذه الصيغة هي المشروعة في الحقوق والدماء واللعان، وسواء كان الحالف مسلماً أو غير مسلم. لما روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما، أن النبي ﷺ قال لرجل حلفه : "أحلف بالله الذي لا إله إلا هو" فهذا الحديث دليل على أن الحلف لا يكون إلا بهذه الصيغة فلا يجزى غيرها.

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الإقتصار في القسم على الحلف بالله تعالى لأنها الصيغة التي ورد بها القرآن الكريم في كثير من الآيات ومن ذلك : ﴿يُحْلِفُونَ بِاللَّهِ إِنَّهُمْ لَمُنْكُمْ﴾^(٢). ﴿يُحْلِفُونَ بِاللَّهِ لَكُمْ لِيَرْضَوْكُمْ﴾^(٣). ﴿ثُمَّ جَاءُواكَ يُحْلِفُونَ بِاللَّهِ﴾^(٤). وما ثبت عن الرسول ﷺ وصحابته من الاكتفاء بالحلف بالله تعالى، لأنه الاسم الدال على ذات الحق المتصف بجميع صفات الكمال المنزه عن جميع صفات النقص.

يقول ﷺ فيما رواه ابن ماجه عن ابن عمر : "من حلف له بالله فليرض ومن لم يرض فليس من الله"^(٥).

(١) كشف القناع ج ٦ ص ٤٤٥، المغنى والشرح ج ١٢ ص ١١٣، ١١٤.

كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٢٥٢.

(٢) آية رقم ٥٦ سورة التوبة.

(٣) آية رقم ٦٢ سورة التوبة.

(٤) آية رقم ٦٢ سورة النساء.

(٥) نيل الأوطار ج ٨ ص ٣٤٨.

وأما حديث ابن عباس فعلى فرض التسليم بصحته، فهو للنديب أو الإباحة وليس للوجوب، وبهذا لا يكون بينه وبين الأحاديث الأخرى تعارض^(١).

تغليظ اليمين

أولا : بالنسبة للمسلم

تغليظ اليمين بالنسبة للمسلم، قد يكون باللفظ وقد يكون فى الزمان أو المكان وقد يكون بلفظ الطلاق أو بالحلف على التغليظ باللفظ أو على المصحف.

التغليظ باللفظ هو أن يضيف القاضى على القسم بالله تعالى، وصفا أو أكثر من أوصافه تعالى، تأكيدا لردع المنكر، كأن يقول : والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية، ونحو ذلك من كل ما يقتضى تعظيمه تعالى.

حكم التغليظ

جمهور الفقهاء على أن التغليظ باللفظ جائز متى كان الحالف مسلما وأنه مفوض لمشيئة القاضى، إن شاء غلظ ولو لم يطلب الخصم بالتغليظ، وإن لم يشأ لم يغلظ، لأن أحوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك^(٢) والاختيار فى صفة التغليظ للقاضى يزيد منه ما يشاء وينقص منه ما يشاء^(٣). ولأن القصد باليمين الزجر عن الكذب، وهذه الألفاظ أبلغ فى الزجر وأمنع من الإقدام على الكذب وتغلظ اليمين فيما ليس بمال ولا يقصد به المال من حقوق الأبدان : ككناح وطلاق وقود ووصاية ووكالة، وتغلظ كذلك فى المال إذا

(١) حديث ابن عباس أخرجه أبو داود والنسائي وفى إسناده عطاء بن السائب، وفيه كما يقول الشوكانى فى نيل الأوطار مقال، نيل الأوطار ج ٨ ص ٣٤٨.

(٢) البحر الرائق ج ٧ ص ٢١٣، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٥٩، كشف القناع ج ٦ ص ٤٤٥، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٧٢.

(٣) ذهب الظاهرية إلى أنه لا يجوز تغليظ اليمين، لأن الحلف بالله يتضمن كل معانى الترغيب والترهيب، وقد اقتصررت عليه الآيات القرآنية.

بلغ نصاباً، وفي حق المال كالخيار والأجن وحق الشفعة متى تعلقت بهذه الحقوق بما هو نصاب.

أما إذا لم يبلغ نصاباً فلا تغلظ فيه اليمين، لأن التغلظ إنما شرع مبالغة وتأكيداً للردع، لذلك اختص بما يعظم خطره، أما ما لا خطر له، فلا يحتاج إلى تأكيد، إلا لجرأة رآها القاضى فى الحالف، فحينئذ له أن يغلظ عليه اليمين قليلاً كان المال أو كثيراً.

امتناع الحالف عن الحلف باليمين المغلظة

إذا طلب القاضى من الحالف أن يحلف اليمين المغلظة، وجب عليه على الراجح من أقوال الفقهاء، أن يحلف، فإن امتنع اعتبر ناكلاً عن اليمين، لأن أداء اليمين بصفقتها المغلظة صار واجباً عليه قضاء بإيجاب القاضى، ولأنه وكما يقول ابن مفلح الحنبلى نقلاً عن الشيخ تقي الدين رحمه الله : إن الردع والزجر علة التغلظ، فلو لم يجب برأى القاضى، لتمكن كل واحد من الامتناع منه لعدم الضرر عليه فى ذلك وانتفت فائدته^(١).

وذهب بعض فقهاء الحنفية والحنابلة والشافعية إلى أن من وجهت إليه اليمين المغلظة فنكل عنها، لا يقضى عليه بشيء ولا يعتبر ناكلاً، لأنها ليست بواجبه عليه، وإنما الواجب عليه هو الحلف بالله تعالى لا غير^(٢).

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن الاختبار فى صفة التغلظ مفوض لرأى القاضى فإن رآه رادعاً فى الدعوى ومفيداً لها وجهه إلى المدعى عليه ووجب عليه أدائه بصفته وإلا لما كان له فائدة.

التغلظ فى الزمان والمكان

التغلظ فى الزمان هو بأن تكون اليمين بعد صلاة العصر وفى أول الجمعة وآخرها وفى ليلة القدر وبين الأذان والإقامة.

(١) الإتناف ج٢ ص ١٢٢، النكت والفوائد لابن مفلح ج٢ ص ٢٢٢.

(٢) مجمع الأنهر وحواشيه ج٢ ص ٢٥٩، كشاف القناع ج٦ ص ٤٤٦، أدب القضاء ص ٢٥٣، البحر الرائق ج٧ ص ٢١٣.

والتغليظ بالمكان يكون على المنبر في مسجده ﷺ بالمدينة المنورة، وفي سائر البلاد الإسلامية، يحلف عند منبر المسجد الجامع، كما يكون بين المقام والركن في مكة المكرمة وفي بيت المقدس عند الصخرة، لأن هذه الأماكن هي أشرف البقاع وأعظمها حرمة.

وقد اختلف الفقهاء في مشروعية تغليظ اليمين على المسلم في الزمان والمكان الفاضليين على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن التغليظ في الزمان والمكان جائز ومشروع.

ذهب إلى ذلك : الشافعية والحنابلة والمالكية في ظاهر المذهبين^(١).

القول الثاني : أن التغليظ في الزمان والمكان غير مشروع.

ذهب إلى ذلك : الحنفية في ظاهر المذهب والحنابلة في رواية^(٢).

القول الثالث : أن التغليظ في الزمان غير مشروع وفي المكان

والهيئة مشروع.

ذهب إلى ذلك : المالكية^(٣).

استدل القائلون بمشروعية التغليظ في الزمان والمكان على مشروعية التغليظ بالزمان بالكتاب والسنة.

-
- (١) مغنى المحتاج ج٢ ص ٤٧٣، كشف القناع ج٦ ص ٤١٥، الإنصاف ج١٢ ص ١٢٠، ١٢٢، مكملة المجموع ج١٨ ص ٤٥٣، الفروق ؟؟؟؟ ج٥ ص ٥٣٣، شرح الخرشى وحاشيته ج٣ ص ٢٣٧، ٢٣٨.
- (٢) البحر الرائق ج٧ ص ٢١٣، مجمع الأنهر ج٢ ص ٢٥٩.
- (٣) كفاية الطالب الرباني شرح رسالة أبي زيد القيرواني ج٢ ص ٢٧١، تبصرة الحكام ج١ ص ٣٦٧.

أولا : الكتاب

قوله تعالى : ﴿تَجَسَّسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيَقْسَمَانِ بِاللَّهِ﴾^(١).

وجه الدلالة : دلت الآية صراحة على أن الحلف بعد الصلاة، وهى صلاة العصر كما قال المفسرون وروى ذلك عن جماعة من الصحابة والتابعين منهم : ابن عباس وشريح والشعبي وسعيد بن جبير وقتادة والنخعي وعكرمة وغيرهم كثير.

والحكمة فيه : أنه وقت معظم فى النفوس ويجتمع فيه الناس ولذلك فهو وقت يعظمه أهل الأديان جميعا^(٢).

وقد ألحق الفقهاء بما بعد وقت العصر كل وقت فاضل ومبارك كأول الجمعة وأخرها وليلة القدر وبين الأذان والإقامة، لأنها أوقات يرجى فيها إجابة الدعاء فترجى فيها معالجة الكاذب.

ثانيا : السنة

قوله ﷺ فيما رواه البخارى وغيره : "ثلاثة لا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم رجل حلف على سعة لقد أعطى فيها أكثر مما أعطى وهو كاذب ورجل حلف على يمين كاذبة بعد العصر ليقطع بها مال امرئ مسلم ورجل منع فضل ماء فيقول الله له : اليوم أمنعك فضلى كما منعت فضل ما لم تعمل يداك"^(٣).

(١) آية ١٠٦ سورة المائدة.

(٢) انظر التفاسير الآتية : ابن كثير ج٢ ص ١١٢، أحكام القرآن لابن العربي ج٢

ص ٧١٦، النسفى ج١ ص ٤٩٦.

(٣) نيل الأوطار ج٨ ص ٣٤٨، ٣٤٩.

وجه الدلالة من الحديث : دل الحديث على أن الحلف بعد العصر أشد في النكال والعذاب والإثم من غيرها وأنها موجبة لغضبه الله تعالى على الحالف وذلك لما لهذا الوقت من شرف عند الله وتعظيم عند الناس.

يقول الشوكاني في نيل الأوطار : إن ما بعد العصر له ميزة وفضل وشرف بسبب اجتماع ملائكة الليل والنهار، ولذلك خص بالحلف فيه.

واستدلوا على مشروعية التغليظ في المكان بالسنة والأثر

أولا : السنة

قوله ﷺ فيما رواه النسائي وغيره : "من حلف عند منبري هذا بيمين كاذبة يستحل بها مال امرئ مسلم فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا" (١).

وجه الدلالة : دل الحديث على أن التغليظ في مكان معين جائز ومشروع، وقد ذكر ﷺ منبر مسجده فيقاس عليه منبر المسجد الجامع في سائر بلاد المسلمين وكذلك كل مكان له حرمة وتعظيم كيبين الركن والمقام في مكة المكرمة، لأنه مقام شريف زائد على غيره في الفضيلة وكبيت المقدس عند الصخرة لقوله ﷺ فيما رواه ابن ماجه في سننه أن النبي ﷺ قال : "هي الجنة" (٢).

ولأن التغليظ في المكان أردع للحالف وأرجى أن يرجع للحق. واستدل القائلون بعدم مشروعية التغليظ في الزمان والمكان، بأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بالقسم بالله، وفي إيجاب التغليظ في

(١) نيل الأوطار ج ٨ ص ٣٤٨، ٣٤٩.

(٢) يقول البوصيري في الزوائد ص ٢٠٩ تقسيم ٢ هذا الحديث إسناده صحيح، وانظر كشف القناع ج ٦ ص ٤٤٥.

الزمان أو فى المكان حرج على القضاة وتعطيل لأعمالهم، حيث يكلفون حضور اليمين، والحرج مدفوع شرعا.

ولأن التغليظ فى الزمان يؤخر حق المدعى إلى ذلك الزمان فلا يصح.

وأما ما استدل به القائلون بجواز التغليظ فيهما، فلا حجة لهم فيه، لأن قول الله تعالى : ﴿تَجَسَّسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ﴾ وارد فى حق أهل الكتاب فى الوصية فى السفر وهى قضية خولف فيها القياس^(١).

وكذلك الأحاديث لا تدل على مشروعية التغليظ، لأنها واردة فى تعظيم ذنب الحالف بعد العصر وفى تعظيم ذنبه بالحلف على منبره ﷺ، وهذا لا يدل على وجوب إجابة الحالف للطالب فى ذلك الزمان أو المكان، لأن الذى أوجبه الشارع عليه هو اليمين المجردة قال ﷺ : "شاهدك أو يمينه" فالذى وجب على المدعى عليه مطلق اليمين، وهو بصدق على من حلف فى أى زمان وأى مكان، على أنه قد ورد فى اليمين التى يفتطع بها حق امرئ مسلم من الوعيد ما ليس عليه من مزيد، فهى من الكبائر ومن موجبات النار، وليس فى الحلف على منبره ﷺ أو بعد العصر زيادة على هذا.

وقد أجاب القائلون بمشروعية التغليظ، بأن قوله ﷺ : "شاهدك أو يمينه" وإن كان مطلقا عن الزمان والمكان، إلا أنه قيد بأحاديث التغليظ فجمع بينهما^(٢).

هذه هى أقوال الفقهاء وأدلتهم فى التغليظ على المسلم فى الزمان والمكان وبالنظر فيها يتبين أن أرجحها ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة.

(١) مخالفة القياس كانت فى قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين وفى استحلاف الشاهدين وفى غير ذلك للضرورة. انظر المغنى والشرح جـ ١٢ ص ١١٧.

(٢) المرجع السابق.

والمالكية في ظاهر المذهبين، وهو أن التغليظ في الزمان والمكان أبلغ في الزجر وأمنع من الإقدام على الكذب، وبخاصة في هذا الزمن الذي تجاسر فيه الناس على الحلف بالله، والله تعالى فضل بعض الأماكن على بعض وفضل بعض الأزمان على بعض، والتحليف فيهما وإن آخر عمل القاضي إلا أن عليه أن يلجأ إليه متى رأى ذلك مفيداً في الوصول إلى الحق. وإذا حلف القاضي المدعى عليه في مكان التغليظ فامتنع صار ناكلاً^(١).

التغليظ بالحلف بالطلاق

جمهور الفقهاء : الحنفية في ظاهر الرواية والمالكية في قول والشافعية والحنابلة على أنه لا يجوز التغليظ بالحلف بالطلاق، لأن الحلف لا يكون إلا بالله تعالى، قال ﷺ: "من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت" ولأن الحلف للتعظيم والزجر والتخويف، ولا يجوز تعظيم شيء آخر أو الزجر به أو التخويف منه بغير الله تعالى.

فلو حلفه القاضي بالطلاق ثم امتنع عن الحلف به لا يقضى عليه بالنكول، لأنه نكل. عما هو منهي عنه شرعاً، حتى لو قضى لا ينفذ^(٢).
 وذهب الحنفية والمالكية في قولين لهما إلى أنه يجوز التحليف بالطلاق تغليظاً. وغايته أن الحنفية قيده بما إذا ألح الخصم وبالع في طلب تحليف المدعى عليه بالطلاق. وقد نص المالكية على أن التغليظ بالحلف بالطلاق، يكون بالطلاق الثلاثي.

(١) شرح الخرشي ج ٣ ص ٢٣٨.

(٢) البحر الرائق ج ٧ ص ٢١٢، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٥٩، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٧٣، كشف القناع ج ٦ ص ٤٤٦، تبصرة الحكام ج ١ ص ٢١٩، بلغة السالك ج ٢ ص ٣٧٧، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢٢٨.

ووجه ذلك : أن القصد من التغليظ الإرهاب والتخويف من ثم جاز الاستحلاف بالطلاق حيث كان الحالف لا ينكف إلا بذلك، وقد قال عمر بن عبد العزيز : يحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور.

ولأن فساد الزمان جعل الناس يتهاونون باليمين بالله، وفي إجابة المدعى إلى استحلاف المدعى عليه بالطلاق اطمئنان خاطره، إذا ربما كان مشتبهاً عليه الأمر بنسيان ونحوه، فإذا حلف له بالطلاق صدقه، وقد يمتنع عنه إذا كان كاذباً خوفاً من طلاق زوجته وبخاصة أن المالكية نصوا على أن التحليف بالطلاق يكون بالطلاق الثلاث.

وعلى ما ذهب إليه الحنفية والمالكية في قولين لهما : إذا امتنع من توجهت إليه يمين الطلاق عن الحلف بها، اعتبر ناكلاً، لأن التحليف به لرجاء النكول فيقضى به وإلا فلا فائدة^(١).

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو أن الاستحلاف بالطلاق لا يجوز لصريح قوله ﷺ : "من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر" ولما يترتب على الحلف بالطلاق من ضرر أشد وهو أيقاع الفرقة بين الزوج وزوجته وتعدى أثر الحلف به من الحالف إلى غيره لو كان الحالف كاذباً.

الحلف على المصحف

اختلف الفقهاء في تغليظ اليمين بالحلف على المصحف على قولين :

القول الأول : التغليظ بالحلف على المصحف لا يجوز.

ذهب إلى ذلك : الحنفية في ظاهر المذهب والحنابلة^(٢).

(١) مجمع الأنهر ج ١ ص ٥٤٤، البحر الرائق ج ٧ ص ٢١٢، ٢١٣، بلغة السالك

ج ٢ ص ٣٧٦. حاشية الشيخ العدوى على شرح الخرشي ج ٣ ص ٢٣٧.

(٢) مجمع الأنهر ج ١ ص ٥٤٤، شرح الخرشي وحاشية العدوى ج ٣ ص ٢٣٧،

مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٧٣، كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٢٥٦،

حاشية السوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٢٨، بلغة السالك ج ٢ ص ٣٧٧.

القول الثاني : التغليظ بالحلف على المصحف جائز .

ذهب إلى ذلك : الشافعية والمالكية والمتأخرين من فقهاء الحنفية

كالعيني وصاحب الفتح^(١).

استدل الحنابلة على عدم جواز التغليظ بالحلف على المصحف، بأن

التغليظ بالحلف به زيادة لم تؤثر عن الرسول ﷺ في اليمين ولم يفعله أصحابه.

وقد نقل ابن قدامة في المغنى عن ابن المنذر قوله : لم نجد أحدا

يوجب اليمين بالمصحف^(٢).

نوقش هذا الدليل، بأن التغليظ وإن كان لم يرد عن النبي ﷺ

وأصحابه إلا أن مبدأ التغليظ في اليمين ثابت فيعم.

واستدل القائلون بجواز التحليف بالمصحف بما قاله الشافعي قال :

كان ابن الزبير ومطرف قاضى صنعاء يحلفان به وهو حسن وعليه الحكام باليمين، وقال في باب كيفية اليمين من الأم : وقد كان من حكام الآفاق من يستحلف على المصحف، وذلك عندي حسن، وقال القاضى الحسين وهذا التغليظ مستحب.

يقول أصحاب الشافعي : فيغلظ عليه بإحضار المصحف، لأنه يشتمل

على كلام الله تعالى وأسمائه، وبوضع المصحف في حجر الحالف ليكون أزر له^(٣).

(١) المهذب ج٢ ص ٣٢٢، وانظر المراجع السابقة.

(٢) المغنى ج١٢ ص ١١٨.

(٣) كتاب أدب القضاء ص ٢٥٦.

ولأن الحالف كما يقول المالكية : قد يرهب الحلف على المصحف ويخافه لاشتماله على كلام الله تعالى وأسمائه، فيمتنع عن الحلف به وعندئذ يقضى عليه بالنكول.

وجاء في حاشية العدوى على شرح الخرشي : يجوز للمجتهد أن يجدد

أحكاما لم تكن معهودة في زمن النبي ﷺ، بقدر ما يحدثه الناس من الأمور الخارجة عن الشرع نحو الحلف على المصحف^(١).

وجاء في حاشيته أيضا ما نصه : يجوز تحليف المسلم على المصحف

وعلى سورة براءة وفي ضريح ولي. أو بالطلاق الثلاث أو نحو ذلك حيث لا ينكف عن الباطل إلا بذلك، ويحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من العجور^(٢).

ويقول العيني من الحنفية : لو حلف بالمصحف أو وضع يده عليه وقال : وحق هذا فهو يمين ولا سيما في هذا الزمان الذي كثر الحلف به^(٣).

هذه هي أقوال الفقهاء في الحلف على المصحف، وبالنظر فيها، يتبين أن أرجحها ما ذهب إليه المالكية والشافعية ومتأخروا الحنفية إذا كان ذلك سيؤدي إلى أرباب الحالف وأحجابه عن الحلف وصرفه عن الإقدام على الباطل.

ولأن التغليظ في اليمين مشروع كذلك، وهذا ما قرره أعضاء مجلس المجمع الفقهي الإسلامي حيث جاء في قرارهم : وضع الحالف يده عند القسم على المصحف أو التوراة أو الإنجيل أو غيرها ليس بلزوم لصحة القسم، لكن يجوز إذا رآه الحاكم لتغليظ اليمين لتهييب الحالف من الكذب^(٤).

(١) حاشية العدوى على شرح الخرشي ج ٢ ص ٣١٢.

(٢) حاشية العدوى على شرح الخرشي ج ٣ ص ٢٣٧.

(٣) مجمع الأنهر ج ١ ص ٥٤٤.

(٤) من قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي رابطة العالم الإسلامي الدورة الخامسة ص ٨٤.

تغليظ اليمين على غير المسلم

أولا : التغليظ باللفظ

سبق القول أن صيغة اليمين غير المغلظة وهي القسم بالله تعالى، صيغة عامة في حق المسلم وغير المسلم سواء أكان غير المسلم يهوديا أم نصرانيا أم مجوسيا أم وثنيا، لأنهم جميعا لا ينكرون وجود الخالق من جهة، ولعدم جواز تعظيم غير الله تعالى من جهة أخرى.

وغايته أن صيغة التغليظ في اليمين تختلف باختلاف عقيدة الحالف وذلك على النحو التالي :

١- اليهودي والنصراني

ذهب الحنفية في ظاهر المذهب والشافعية والحنابلة، إلى أن الحالف إذا كان يهوديا، فإنه يحلف بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام، وقد يزيد على ذلك : وفلق له البحر ونجاه من فرعون وملئه. وإن كان نصرانيا يحلف بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام، وقد يزيد على ذلك : وجعله يحيى الموتى ويبرئ الأكمه والأبرص.

وقد دل على هذه الصيغة بالنسبة لليهودي والنصراني أن النبي ﷺ حلف ابن سوريا الأعور اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى فدل ذلك على جواز تغليظ اليمين على أهل الكتاب، وقد نقل الشوكاني في نيل الأوطار عن ابن رسلان قوله : إنهم لم يختلفوا في جواز التغليظ على الذمي، فإن صح الإجماع فذاك عند من يقول بحجيته، وإن لم يصح فغاية ما يجوز التغليظ به هو ما ورد بحديث الباب وما يشابهه من التغليظ باللفظ^(١).

(١) حديث ابن سوريا رواه أبو داود عن عكرمة أن النبي ﷺ قال له : يعنى ابن سوريا اذكركم بالله الذى نجاكم من آل فرعون واقطعكم البحر وظلل عليكم =

٢- المجوسى

ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه يحلف بالله لا غير، لأن تغليظ اليمين بغير الله لا يجوز، إلا أنه فى حق اليهودى والنصرانى ورد نص وهو حديث ابن سوريا فيقتصر عليه.

وذهب محمد بن الحسن من الحنفية إلى أنه يحلف بالله الذى خلق النار، لأنهم يعظمون النار تعظيم العبادة فتؤكد بما يعتقدونه معظما ليفيد فائدة اليمين.

وذهب الحنابلة إلى أنه يحلف بالله الذى خلقه وصوره ورزقه، لأنه يعظم خالقه ورزقه أشبه كلمة التوحيد عند المسلم، والراجح ما ذهب إليه الحنابلة، لأن ذكر النار مع الله تعالى يشعر بتعظيمها ولا يجوز تعظيم غير الله تعالى.

=الغمام وأنزل عليكم المن والسلوى (المن مادة راتجينية صمغية لونها أبيض كالثلج حلوة الطعم تفرزها بعض الأشجار، والسلوى طائر يسمى بالسمان) وأنزل التوراة على موسى أتجدون فى كتابكم الرجم؟ قال : ذكرتنى بعظيم ولا يسعنى أن أكذبك وساق الحديث.

يقول الشوكانى : حديث عكرمة هو مرسل وقد سكت عنه أبو داود والمنذرى ورجال إسناده رجال الصحيح ويؤيده ما أخرجه أبو داود من حديث أبى هريرة قال : قال النبى ﷺ يعنى لليهود "انشدكم بالله الذى أنزل التوراة على موسى ما تجدونه فى التوراة على من زنا؟" وفى إسناده مجهول لأن الزهرى قال : أخبرنا رجل من مزينة ونحن عند سعيد بن المسيب عن أبى هريرة.

وأصل القصة أن جماعة من اليهود أتوا النبى ﷺ وهو جالس فى المسجد فقالوا : يا أبا القاسم ما ترى فى رجل وامرأة زنيا؟ فقال : أنتونى بأعلم رجل منكم فأتوه بابن سوريا" ١هـ نيل الأوطار للشوكانى ج ٨ ص ٣٤٨، ٣٤٩

٢- الوثني والصابئ والدهري^(١)

يحلف الوثني والصابئ والدهري وكل من يعبد غير الله تعالى، بالله تعالى فحسب، لأنه:

أولاً: لا يجوز الحلف بغير الله تعالى

وثانياً: لأن المشركين جميعاً يقرون بالله تعالى أنه خالقهم، لأنهم يعتقدون أن الله تعالى خالق العالم قال تعالى: ﴿وَلئن سألنهم من خلقهم ليقولن الله﴾ وقوله تعالى: ﴿وَلئن سألنهم من خلق السموات والأرض وسخر الشمس والقمر ليقولن الله﴾^(٢)، ولأنه إذا لم يعتقد هذه يميناً، ازداد إثماً وعقوبة، وربما عجلت عقوبته فيتعظ بذلك ويعتبر به غيره.

هذا ذهب المالكية في الراجح من أقوالهم، أن غير المسلم مطلقاً كالمسلم يحلف "بالله الذي لا إله إلا هو" من غير زيادة على ذلك^(٣).

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز التغليظ بالصيغ المذكورة، لقوة دليلهم ويدل لهذا الترجيح ما أخرجه مسلم وأبو داود

(١) الوثني: من يعبد الوثن وهو التمثال، والصابئ: من يترك دينه ويدين بدين آخر أو يعبد الكواكب، الدهري: الرجل الملحد لا يؤمن بالآخرة ويقول ببقاء الدهر وبإسناد الحوادث، إليه.

فإن قيل: إن الدهري لا يعتقد الله فكيف يحلف به؟
يجاب عن ذلك: بأن الدهري يعتقد الدهر القديم هو الله تعالى فلم يلزم عدم اعتقادهم. مجمع الأنهر ج٢ ص ٢٦٠، المعجم الوسيط.

(٢) الآيتان ٨٧ سورة الزخرف و ٦١ سورة العنكبوت.

(٣) قد يقال: ما الفرق بين المجوسي والوثني حيث يجوز تغليظ اليمين في حق المجوسي بذكر النار ولم يجر في حق الوثني بذكر الصنم فيقول بالله العظيم الذي خلق الصنم.

والجواب عن ذلك: أنا أمرنا بإهانة الصنم والوثن، لأن بعض الناس اتخذوها آلهة، بخلاف النار لأنهم لم يتخذوها إلهاً، فما أمرنا بإهانتها. معين الحكام ص ٦٦، لسان الحكام ص ٢٣٣ مطبوعان في مجلد واحد.

وغيرهما عن البراء أن رسول الله ﷺ قال لعبد الله بن سوريا الأعور :
أتشكك بالله الذى أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا فى كتابكم هكذا ؟
وفى لفظ آخر لأبى داود تغليظ أشد وعبارات أكثر^(١).

فهذا الحديث قد دل على مشروعية التغليظ بالنسبة لليهودى بما هو
معظم فى عقيدته وهو التوراة، فقيس عليه غيره من كل ما يعتقدده الحالف
معظما فى عقيدته.

ثانيا : التغليظ فى الزمان والمكان

لا يختلف حكم التغليظ فى الزمان والمكان على غير المسلم عنه
على المسلم، فأقوال الفقهاء بالنسبة للمسلم هى أقوالهم بالنسبة لغيره وقد
رجحنا ثمة جواز التغليظ فيهما متى رأى القاضى أنه أردع للحالف وأرجى
أن يرجع إلى الحق.

ويكون التغليظ فى الزمان بالنسبة لغير المسلم بعد صلاة العصر،
لأنه وقت معظم عند أهل الأديان جميعا، وفى المكان بالمكان الذى يعتقد
تعظيمه، اليهودى يحلف فى بيعته والنصرانى فى كنيسته والمجوسى فى
بيت النار، لأن القصد إرهاب الحالف وزيادة تخويفه، لعله يعترف
بالحق^(٢).

(١) انظر فيما سبق : كشف القناع ج٦ ص ٤٤٦، مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٧٣
مجمع الأنهر ج٢ ص ٢٦٠، البحر الرائق ج٧ ص ٢١٣، المغنى والشرح
الكبير ج١٢ ص ١١٥ بلغة السالك لأقرب المسالك ج٢ ص ٣٧٦، نيل
الأوطار ج٨ ص ٣٤٨، ٣٤٩.

(٢) المراجع السابقة.

المبحث الخامس

فى

ما يجرى فيه الحلف من الحقوق

تنقسم الحقوق إلى قسمين : حقوق لله تعالى، وحقوق للعباد.

أولاً : حقوق الله تعالى

لا خلاف بين الفقهاء على أن التحليف فى حقوق الله تعالى الخالصة لا يجوز، سواء أكانت حدوداً كالزنا والشرب والسرقة، أم كانت عبادة كالصلاة والزكاة والصوم والحج والكفارة والنذر.

وغايته أنه إذا كان غرض المدعى من دعواه فى السرقة تضمين المدعى عليه المال أو يأخذ منه ما سرقه فإنه يستحلف لحق المدعى لأنه حق مالى، فإن نكل عن اليمين ضمن المال ولا يقطع، لأن النكول إقرار فيه شبهة، فيعمل فى الضمان الذى هو حق الأدمى، دون القطع الذى هو حق الله تعالى.

وقد دل على أن المدعى عليه لا يستحلف فى الحدود :

١- أن من أقر بحد ثم رجع عنه يقبل رجوعه ولا يلزمه اليمين بالإجماع، فلأن لا يستحلف مع عدم الإقرار أولى.

٢- أن الحدود يجب سترها والتعريض للمقر بحد منها بالرجوع عن إقراره، وللشهود بترك الشهادة والستر، قال ﷺ لهزال فى قصة ماعز : يا هزال لو سترته بثوبك كان خيراً لك، ولما جىء بسارق وقيل له يا رسول الله إن هذا سرق قال ﷺ : ما أخاله سرق فلا تشرع اليمين فى الحدود بحال.

قال الصدر الشهيد : إن الحدود لا يستحلف فيها بالإجماع إلا إذا تضمنت حقاً. كما فى حالة السارق يحلف لأجل المال.

فلو ادعى شخص على آخر أنه سرق منه مائة، فإن القاضى يقول له: ماذا تريد، فإن قال: أريد إقامة الحد عليه بقطع يده، يقول له: أن الحدود لا يستحلف فيها.

وإن قال: أريد المال، يقول له: دع دعوى السرقة وأدعى المال، فإن فعل وجه اليمين إلى المدعى عليه، فإن حلف برى، وإن نكل عن الحلف ضمن المال ولا يقطع، لأن المال يثبت بالنكول الذى فيه شبهة بخلاف القطع^(١).

وقال ابن قدامة فى المغنى: لا تشرع اليمين فى الحدود بحال إلا إذا تضمنت حقاً مالياً وكما لا تشرع اليمين فى الحدود الخالصة لله تعالى، لا تشرع كذلك فى العبادات، لأن العبادة علاقة وصلة بين العبد وربّه فلا مدخل فيها لأحد، ولما ورد من الأثر من النهى عن اليمين فى الصدقات، قال الإمام أحمد: لا يستحلف الناس على صدقاتهم^(٢).

هذا هو حكم الاستحلاف فى حقوق الله تعالى الخالصة، فأما ما كان من الحقوق مشتركاً بين الله تعالى وبين العبد فسيأتى الكلام عليه.

ثانياً: حقوق العباد

حقوق العباد إما أن تكون حقوقاً مالية وإما أن تكون حقوقاً غير مالية.

والحقوق غير المالية إما أن تتعلق بنكاح أو طلاق أو رجعة أو فى إيلاء أو نسب أو قصاص أو حد قذف وإما أن تتعلق بغيرها من سائر الحقوق.

(١)

المغنى والشرح الكبير ج ١٢ ص ١٢٧، ١٢٨، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٠٧، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٥٥، ٢٥٦. بلغه السالك إلى أقرب المسالك ج ٢ ص ٤١٣.

(٢)

ولا خلاف بين الفقهاء فى أن المدعى إذا عجز عن إقامة البينة على دعواه أن يطلب من القاضى تحليف المدعى عليه، وعلى القاضى أن يجيبه إلى ذلك سواء كان الحق المدعى به مالياً أو غير مالى فى غير نكاح أو طلاق أو رجعة أو فى إيلاء أو نسب أو قصاص أو حد قذف. وقد دل على مشروعية التحليف فى الحقوق المالية وغير المالية فيما عدا ما ذكر السنة والمعقول.

أما السنة

فأولاً: ما خرجه مسلم عن ابن عباس أنه قال : جاء رجل من حضر موت ورجل من كندة إلى النبى ﷺ فقال الحضرمى يا رسول الله إن هذا غلبنى على أرض لى كانت لأبى، فقال الكندى : هى أرضى فى يدى أزرعها ليس له فيها حق، فقال رسول الله ﷺ للحضرمى ألك بينة ؟ قال : لا قال : فلك يمينه".

دل الحديث على توجيه اليمين فى الأموال لأن الأرض محل المنازعة مال ويقاس على ذلك كل ما يتعلق بالمال، وقد تأكد ذلك بقوله ﷺ فما رواه البخارى "من حلف يميناً فاجره" ليقطع بها مال امرئ مسلم لقى الله وهو عليه غضبان".

وأما المعقول، فلأن الدعوى بالمال أو بغيره دعوى صحيحة فى حق لأدمى فجاز أن يحلف فيها المدعى عليه.

ولأن على قول أبى يوسف ومحمد، المقصود من الحلف النكول عن اليمين، والنكول عن اليمين إقرار والإقرار يجرى فى حقوق الأبدان كما يجرى فى الأموال^(١).

(١) البحر الرائق ج ٧ ص ٢٠٧.

حقوق غير مالية

تتمثل الحقوق غير المالية التي اختلف الفقهاء في استحلاف المدعى عليه فيها وعدم استحلافه في : القصاص وحد القذف والنكاح والطلاق والرجعة والفيء في الايلاء والنسب.

أولاً : القصاص وحد القذف

القصاص وحد القذف من الحقوق المشتركة بين الله تعالى وبين العبد، ولا خلاف أن حق العبد في القصاص غالب، وأن حق العبد في حد القذف مختلف فيه ما بين مذهب لحق الله تعالى وما بين مذهب لحق العبد ومن هنا جاء اختلاف الفقهاء في استحلاف المدعى عليه فيها على النحو التالي :

١- حد القذف

جمهور الفقهاء على أن من قذف شخصاً ولا بينة له وأنكر المقذوف وطلب القاذف تحليفه أنه لا يستحلف، لأن المقصود من اليمين النكول والحد لا يجب بالنكول، لأنه إقرار فيه شبهه والحدود تدرأ بالشبهات^(١).

وذهب الشافعية في قول والحنابلة في رواية إلى أنه يستحلف، لعموم الأحاديث الواردة بشأن تحليف المدعى عليه، ولأن حد القذف حق العبد فيه غالب فجاز فيه الاستحلاف كدعوى المال، وما ذهب إليه الشافعية في قول والحنابلة في رواية.

(١) البحر الرائق ج٧ ص ٢٠٧، المغنى والشرح الكبير ج١٢ ص ١٢٧، تبصرة الحكام ج١ ص ٢٣٣، مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٧٦.

ذهب إليه المالكية، إذا أقام المدعى شاهداً واحداً وعجز عن الثانى، فيستحلف المدعى عليه لرد شهادة الشاهد عليه، أما مجرد القذف بدون شهادة أصلاً، فلا يستحلف، لأن كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين على المدعى عليه بمجردهما كالطلاق والقذف والقتل، بل حتى يقيم المدعى شاهداً^(١).

وقد رجح ابن القيم رحمه الله قول الجمهور وعلمه بأن الحد يجب بقذف المستور الذى لم يظهر زناه، وليس من شرطه ألا يكون قد زنا فى نفس الأمر ولهذا لا يسأله الحاكم عن ذلك ولا يجوز له سؤاله، ولا يجب عليه الجواب.

ولأن فى تحليفه تعريضه للكذب واليمين الغموس إذا كان قد ارتكب ذلك، أو تعرضه لفضيحة نفسه وإقراره بما يوجب الحد عليه، أو فضيحة بالانكول الجارى مجرى الإقرار وانتهاك عرضه للقادحين الممزقين لأعراض المسلمين، والشريعة لا نأت بشيء من ذلك ولذلك لم يقل أحد من الصحابة ولا التابعين ولا الأئمة بتحليف المقذوف أنه لم يزن ولم يجعلوا ذلك شرطاً فى إقامة الحد^(٢).

٢- القصاص

جمهور الفقهاء على أن جاحد القصاص فى النفس أو الأطراف يستحلف، لقوله ﷺ فيما رواه البخارى ومسلم وغيرهما : لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه "فقد دل الحديث صراحة على استحلاف المدعى عليه فى دعوى الدماء كما

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك جـ ٢ ص ٣٤١، حاشية الدسوقي على الشرح

الكبير جـ ٤ ص ٢٠٠.

(٢) الطرق الحكمية ص ١٣١.

هو فى دعوى الأموال، وقد تأكد ذلك بعموم الأحاديث التى نصت على أن اليمين على المدعى عليه وأن اليمين على من أنكر^(١).

وذهب الحنابلة فى رواية إلى أنه لا يستحلف فى القصاص، لأن القصاص لا يثبت إلا بشهادة شاهدين ذكرين، فلا تعرض فيها اليمين كالحدود.

وما ذهب إليه الحنابلة فى رواية ذهب إليه المالكية إذا كانت دعوى القتل مجردة عن الشهود أما إذا أقام المدعى شاهداً واحداً، فإن المدعى عليه يستحلف لرد شهادة الواحد، فإن نكل حبس وضرب حتى يجيب، فإن استمر على عدم الجواب، حكم عليه بالحق بلا يمين من المدعى، لأن اليمين فرع الجواب وهو لم يجب^(٢).

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لقوة أدلتهم ولأن القصاص حق آدمى فجاز فيه الاستحلاف كسائر حقوقه.

وبناء على هذا الراجح، فإن حلف المدعى عليه برئ وإن نكل فهل يقتص منه فى النفس والأطراف أو يضمن الأرض فيهما أو يحبس مخلداً حتى يقرأ ويحلف المدعى أقوال فى المذهب، سيأتى ذكرها عند الكلام عن النكول وما يترتب عليه من آثار.

٢- النكاح والطلاق والرجعة والنسب ونسب الإيلاء

اختلف الفقهاء فى استحلاف المدعى عليه فى هذه المسائل على قولين :

القول الأول : يستحلف المدعى عليه فى هذه المسائل لحق العبد كما

يستحلف فى غيرها من سائر حقوقه.

(١) البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٠٧، ٢٠٨، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٢٥٧، المغنى والشرح جـ ١٢ ص ١٢٧ بلغة السالك جـ ٢ ص ٣٤١.

(٢) بلغة السالك جـ ٢ ص ٣٤١.

ذهب إلى ذلك : الشافعية وأبو يوسف ومحمد من الحنفية^(١).

القول الثاني : لا يستحلف المدعى عليه في هذه الأمور جميعاً، إلا

إذا كان المقصود من الدعوى المال فيستحلف لإثبات المال دون هذه الأمور.

ذهب إلى ذلك : أبو حنيفة والحنابلة في الصحيح من المذهب

والمالكية.

وغايته أن المالكية قيدوا عدم الاستحلاف بما إذا كانت الدعوى مجردة عن الشهود أما إذا أقام المدعى شاهداً واحداً وعجز عن الثاني، فإن المدعى عليه يستحلف لرد شهادة شاهد المدعى، عدا النكاح فإنه لا يستحلف المدعى عليه ولو كان مع المدعى شاهداً^(٢).

استدل القائلون بجواز استحلاف المدعى عليه في هذه المسائل، بأن قوله ﷺ : "لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه" وقوله البيهقي "اليمين على المدعى واليمين على المدعى عليه وقوله واليمين على من أنكر وغيرها مما في معناها جاءت عامة ولم يرد ما يخصصها بحالات دون حالات، فتبقى على عمومها وتصدق على كل مدعى عليه سواء أكان المدعى به مالاً أو غيره من حقوق الأبدان، إلا ما قام الدليل على تخصيصه.

وقد صح أن رسول الله ﷺ : حلف ركانه في طلاقه لزوجته على أنه ما أراد بطلاقها إلا طلاقاً واحداً^(٣).

(١) البحر الرائق ج ٧ ص ٢١٠، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٥٧، تكملة المجموع ج ١ ص ٤٤٤ - ٤٤٦.

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٣٣، بلغة السالك ج ٢ ص ٣٤١.

(٣) أخرج الشافعي وأبو داود والدارقطني والترمذي : أن ركانة بن عبد الله، أنه طلق امرأته مهمة البتة، فأخبر النبي ﷺ بذلك فقال : والله ما أردت إلا =

قال الشافعي رحمه الله : وإذا حلف رسول الله ﷺ، ركانة في

الطلاق فهذا يدل على أن اليمين في الطلاق كما هي في غيره.

واستدل القائلون بعدم جواز التحليف في هذه الأمور، بأن المقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول، والنكول بذل وإباحة وترك للمنازعة صيانة عن الكذب الحرام، والبذل لا يجري في هذه الأمور.

واعترض على هذا الدليل بأن النكول ليس بذلاً وإباحة وإنما إقرار فيه شبهة وحقوق العباد تثبت مع الشبهة.

استدلوا ثانياً: بأن هذه الأمور، لا تثبت إلا بشهادة رجلين، فلا

تعرض فيها اليمين كالحدود.

اعترض على هذا الدليل : بأن قياس هذه الأمور على الحدود قياس مع الفارق فلا يصح، لأن الحدود تدرأ بالشبهات، أما حقوق العباد فلا تؤثر فيها الشبهة، كما أن توقف ثبوت هذه الأمور على شهادة الذكركين ليس محل اتفاق بين الفقهاء.

واستدل المالكية على أن المدعى إذا أقام شاهداً واحداً وعجز عن الثاني، يستحلف المدعى عليه لرد شهادة الشاهد، فيما عدا النكاح، بما رواه ابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال : "إذا ادعت المرأة طلاق زوجها فجاءت على ذلك بشاهد واحد عدل، استحلف زوجها، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر وجاز طلاقه" وغير الطلاق كالطلاق. ولأن كل دعوى لا تثبت إلا بشاهدين فلا يمين بمجردا ولا ترد كالقتل العمد والطلاق والنسب والرجعة ويلحق بذلك : الإسلام والردة والبلوغ والجرح والتعديل.

= واحدة، فقال رسول الله ﷺ : والله ما أردت إلا واحدة، قال ركانة : والله ما أردت إلا واحدة فردها إليه رسول الله ﷺ. نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٢٥٥.

أما النكاح فإن المدعى عليه فيه لا يستحلف ولو أقام المدعى شاهداً، لأن الغالب في النكاح الشهرة، وشهادة الواحد فيه، فيها ريبة، بخلاف غيره فإنه ليس الغالب فيه الشهرة.

اعترض على دليل المالكية، بأن الحديث ضعيف^(١)، أنكره أبو حاتم الرازي في العلل وضعفه الألباني فلا يصلح للحجية.

ما يترتب على هذا القول :

يترتب على القول بعدم التحليف في هذه الأمور، أنه لو ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها أو ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها وأنكر كل منهما ولا بينة لأحدهما، فلا يمين على المنكر، لأنه لا يصح للمرأة أن تبذل نفسها للرجل ونقول له مثلاً : أبحت لك التمتع.

ولو ادعى على مطلقة رجعيًا بعد انقضاء عدتها أنه راجعها في أثناء العدة وأنكرت ولا بينة، فلا يمين عليها، والأمر كذلك لو ادعت عليه أنه راجعها في أثناء العدة وأنكر ولا بينة فلا يمين عليه.

ولو ادعى بعد انقطاع مدة الإيلاء أنه فاء إليها في مدته وأنكرت، فلا يمين عليها، كما لا يمين عليه لو ادعت هي أنه فاء إليها في المدة أو بعدها وأنكر، بخلاف ما لو ادعى الرجعة والعدة قائمة أو الفیء ومدته قائمة، فإنه يثبت بقوله ولو أنكرت لأنه ادعى أمراً يملك استئنافه للحال فلا معنى لتكذيبه فيه.

ولو ادعى مجهول النسب على شخص أنه أبوه أو ابنه وأنكر المدعى عليه ولا بينة فلا يمين عليه.

(١) هذا الحديث رواه ابن ماجه تحت رقم ٢٠٣٨ ورواه الدار قطنی فی السنن الكبرى ج ٤ ص ٦٤ والخطيب البغدادي في تاريخ بغداد ج ٣ ص ٤٥، وقد أنكره أبو حاتم الرازي في العلل ١٢٩٩ ج ١ ص ٤٣٢ وضعفه الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة رقم ٢٢١٠.

بيد أنه إذا كان المقصود من الدعوى في هذه الأمور المال، فإن المدعى عليه يستحلف لإثبات المال دون هذه الأمور، لأنه لا خلاف في الاستحلاف في المال. فلو أدعت امرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول بها ولها عليه نصف المهر وأنكر فإنه يستحلف فإن حلف برئ وإن نكل ضمن نصف المهر، والحال كذلك لو كانت دعواها بعد الدخول وأدعت النفقة للعدة أو المهر، ولا يثبت بالحلف النكاح.

ولو أدعى رجل على رجل أنه أخوه مات أبوهما وترك ما لا في يد المدعى عليه وطلب من القاضى فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الأخوة، فإنه يستحلف، فإن حلف برئ وإن نكل قضى بالمال والنفقة دون النسب^(١).

أما على ما ذهب إليه القائلون بالتحليف، فإنه يستحلف لهذه الأمور بذاتها.

والراجع ما ذهب إليه القائلون بالاستحلاف في دعوى : الطلاق والرجعة والنسب وفيء الإبلاء، لقوة أدلتهم، ولأن قوله ﷺ : "البينة على المدعى واليمين على من أنكر" جعل جنس البينة على المدعى وجنس اليمين على المدعى عليه، ولأن الدعوى في هذه المسائل حق لأدمى وقد توفرت لها شروطها فيحلف كما يحلف في سائر دعاوى المال.

وأما النكاح فلا يستحلف فيه، لأن الغالب فيه شهرته فلا يكاد يخفى على الأهل والجيران، فالعجز عن إقامة البينة فيه قرينة على كذب مدعيه.

ولأن النكاح مما لا يحل بذله فلم يستحلف فيه كالحد، ولأن الإيضاع مما يحتاط لها، فلا تثبت مع الشبهة، ومن ثم لا تباح بالنكول سواء اعتبر بذلا وإياحة أو إقرارا فيه شبهة، كما لا تباح به ويمين المدعى كالحدود

(١) البحر الرائق ج ٧ ص ٢٠٧، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٥٥، تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٣٣، بلغة السالك ج ٢ ص ٣٤١.

وذلك لأن النكول ليس بحجة قوية، إنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين أو للجهل بحقيقة الحال أو للحياء من الحلف والتبذل في مجلس الحاكم، ومع هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يقضى به فيما يحتاط له، ويمين المدعى إنما هي قول نفسه لا ينبغي أن يعطى بها أمراً فيه خطر عظيم وإثم كبير ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه.

أما الحديث وهو قوله ﷺ: ولكن اليمين على المدعى عليه، فإنما تناول الأموال والدماء فلا يدخل النكاح فيه، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصاً بالحدود، فالنكاح في معناه، بل النكاح أولى، لأنه لا يكاد يخلو من شهود لكون الشهادة شرطاً في انعقاده أو من اشتهاه فيشهد به بالاستفاضة والحدود بخلاف ذلك^(١).

ونكتفى بهذا القدر من الكلام عن اليمين، ويليه الكلام عن النكول عن اليمين.

(١) المغنى والشرح الكبير جـ ١٢ ص ١٦٣، المغنى فقط جـ ٩ ص ٢٧٢ البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٠٩.

الفصل الرابع في النكول

الفصل الرابع

فى

النكول عن اليمين واليمين المردودة

وفيه مباحث

إذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعى وعجز المدعى عن إثبات دعواه بالبينة وطلب من القاضى تحليفه اليمين ولما وجه القاضى إليه اليمين نكل عنها وامتنع عن الحلف.

فهل يعتبر نكوله عن اليمين طريقاً من طرق القضاء، أم أن النكول ليس طريقاً بذاته ولكن بنكوله ترد اليمين إلى المدعى أم ماذا ؟
قبل الإجابة على التساؤل، نعرض للتعريف بالنكول، لأن الحكم على الشئ فرع عن تصوره.

المبحث الأول

فى

التعريف بالنكول وأنواعه وحصوله

أولاً : فى اللغة

النكول فى اللغة : الجبن تقول : نكل نكلاً ونكولاً، أى جبن من باب علم ودخل، ومنه نكل عن العدو وعن اليمين أى جبن، وأصل معنى النكول : مهابة الشئ والخوف منه، يقال : نكل إذا أراد أن يصنع شيئاً فهابه، فكان المدعى عليه إذا وجهت إليه اليمين وخشى عاقبة الحلف بها هابها وامتنع عنها^(١).

(١) المعجم الوسيط والقاموس المحيط مادة : نكل.

ثانيا : فى الاصطلاح

النكول فى الاصطلاح : امتناع من وجهت إليه اليمين عن الحلف فى

مجلس القضاء.

أنواع النكول

النكول نوعان : حقيقى وحكمى.

النكول الحقيقى

أن يقول من وجهت إليه اليمين، أنا ناكل عنها، أو يقول له القاضى أحلف فيقول: لا أحلف أو نحو ذلك من كل ما يدل على التصريح بعدم الحلف.

والنكول الحكمى

يتحقق بسكوت المدعى عليه بعد عرض القاضى اليمين عليه، واعتبر السكوت نكولا، لأنه امتنع عن اليمين المستحقة عليه.

ولا بعد سكوت المدعى عليه نكولا حكما، إلا إذا عرف أنه ليس فى لسانه آفة تمنعه من اليمين أو فى أذنه ما يمنع من سماع كلام القاضى.

وهل بعد الممتنع عن أداء اليمين ناكلا بمجرد توجيه اليمين إليه، أم أنه لابد من تكرار عرضها عليه أكثر من مرة.

المعول عليه فى ذلك كما هو منصوص الفقهاء، أنه بامتناعه عن اليمين بعد عرضها عليه مرة واحدة يعد ناكلا، إلا إذا كان سكوته لنحو دهشة أو غباوة، فعلى القاضى أن يشرح له ثم يحكم عليه بعد ذلك^(١)، وغايته أنه يستحب للقاضى أن يعرض عليه اليمين ثلاث مرات يقول له فى

(١) سكوت الأخرس عند الإشارة المفهومة كسكوت الناطق، والأصم الذى لا يسمع أصلا، إن كان يفهم الإشارة فهو كالأخرس، وإلا فكالمجنون فلا تصح الدعوى عليه، مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٧٨، ٤٧٩.

كل مرة : إما أن تحلف وإلا جعلتك ناكلا. وذلك لزادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء الأعذار، لا لأن التكرار شرط بجواز القضاء بالنكول^(١).

حصول النكول

إذا كان النكول حقيقيا، كما لو قال المدعى عليه : أنا ناكل أو لا أحلف، فإنه يعتبر ناكلا وإن لم يحكم القاضي عليه بالنكول. أما إذا كان النكول حكيميا، بأن سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه لا لدهوة ونحوها، فلا يحصل النكول إلا بحكم القاضي بنكوله، بأن يقول له : جعلتك ناكلا أو قضيت عليك بالنكول.

ويفرق الشافعية على المعتمد في المذهب بين الحكم بالنكول وعدم الحكم به، بأن-للمدعى عليه العود إلى الحلف بعد نكوله ما لم يحكم بنكوله حقيقة، وإلا فليس له العود إلا برضا المدعى، لأن الحق له^(٢). وعلى ما ذهب إليه الحنابلة، فإن المدعى عليه لو أراد بذل اليمين بعد الحكم عليه بالنكول، فلا يسمع منه، لأن الحكم عليه قد تم فلا ينقض كما لو قامت بينة.

المبحث الثاني

في

مشروعية القضاء بالنكول

اختلف الفقهاء في القضاء بالنكول واعتباره طريقا من طرق القضاء على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إن نكول المدعى عليه يعتبر بذاته طريقا للقضاء عليه بالحق المدعى به.

(١) كتاب أدب القضاء ص ٢١٨، معين الحكام ص ٩٧، لسان الحكام ص ٢٢٧، المغنى والشرح ج ١١ ص ٤٥٦ مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٧٨، الفتوح على الهداية ج ٦ ص ١٦١.

(٢)

ذهب إلى ذلك : الحنفية والحنابلة في المشهور والمختار^(١).

القول الثاني : أن نكول المدعى عليه لا يعتبر بذاته طريقاً للقضاء،

ولكن ترد اليمين إلى المدعى، فإن حلف حكم له القاضى واستحق المدعى به يمينه لا بنكول خصمه، وإن نكل المدعى صرفهما القاضى وقد سقط حق المدعى من اليمين وليس له مطالبة خصمه.

ذهب إلى ذلك : المالكية والشافعية والحنابلة في رواية^(٢).

القول الثالث : إذا نكل المدعى عليه حبس وضرب حتى يجيب

بإقرار أو حلف.

ذهب إلى ذلك : الظاهرية والشافعية في قول والحنابلة في رواية

وابن أبى ليلى والحنفية في دعوى الدم^(٣).

استدل القائلون بأن النكول عن الحلف موجب بذاته للحكم على المدعى عليه بالسنة والآثار والمعقول.

١- أما السنة : فما رواه البخارى ومسلم عن ابن عباس رضى الله

عنهما، أن النبى ﷺ قال : "لو يعطى الناس بدعواهم لا أدعى ناس دماء

(١) معين الحكام ص ٩٧، المغنى والشرح ج ١٢ ص ١٢٤، والمغنى بدون الشرح ج ٩ ص ٢٣٥، ٢٣٦ الإقناع ج ٤ ص ٣٥٣، الطرق الحكيمة ص ١٠٠.

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٢٥، ٣٦٥، ٣٦٨، بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٠٨، ٥٠٩، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٤٤، ٤٦٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٣٢، المذهب ج ٢ ص ٣٣٦، المغنى والشرح ج ١٢ ص ٢٣٥، كتاب الشرح ج ٧ ص ٣٤.

(٣) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٧٣، الطرق الحكيمة ص ١٣٩، ١٤١، المغنى والشرح ج ١٢ ص ١٢٤ البحر الرائق ج ٧ ص ٥٥، حيث نص على أنه لا يقضى بالدم بالنكول بل يحبس حتى يقرأ ويحلف.

رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه، وقوله ﷺ فيما رواه
البيهقي بإسناد صحيح : "البينة على المدعى واليمين على من أنكر" (١).

وجه الدلالة : دل الحديثان على أن المدعى عليه إذا انكر دعوى

المدعى وعجز المدعى عن إقامة البينة وطلب تحليف المدعى عليه اليمين،
أنه يحلف، فإن حلف برئ وإن ذكّل قضى عليه القاضى بالحق المدعى به،
لأن الحديثين جعلاً جنس البينة على المدعى كما جعلاً جنس اليمين على
المدعى عليه.

٢- وأما الآثار : فما رواه الإمام أحمد عن سالم بن عبد الله أن أباه

عبد الله ابن عمر، باع غلاماً له بثمانمائة درهم بالبراءة من كل عيب، فقال
الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالغلام داء لم تسمه ؟ فقال عبد الله : إني
بعته بالبراءة فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر باليمين، يحلف
أنه باع الغلام وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد، وفي
طريق أخرى " أنه لما أبى أن يحلف حكم عليه عثمان بالنكول.

وجه الدلالة : دل الأثر على أن النكول في ذاته موجب للحكم على

المدعى عليه، حيث أن عثمان رضى الله عنه، قضى على البائع بمجرد
نكوله، ولم ينكر عليه البائع وهو عبد الله بن عمر حكمه ورأه لازماً، وعبد
الله بن عمر وعثمان بن عفان إمامان من أعلم الصحابة بسنة رسول الله ﷺ
(٢)

(١) سبل السلام ج٤ ص ١٣٢، نيل الأوطار ج ٣ ص ٣٤٤.

(٢) الطرق الحكيمة ص ٩٩، ١٠٠.

وقد روى القضاء بالنكول كذلك عن : عمر و عثمان و على و عبد الله

ابن عمر و ابن عباس و أبى موسى الأشعري رضى الله عنهم، كذلك روى عن شريح و غيره من القضاة^(١).

٣- أما دلالة المعقول على أن النكول فى ذاته موجب للحكم على المدعى عليه، فلأن نكول المدعى عليه عن اليمين دليل صدق المدعى على دعواه فيقضى له بالحق الذى يدعيه كما لو أقام على ذلك بينته دفعا للظلم عنه.

ولأن نكوله دل على رجحان كذبه فى إنكاره، لأنه لو كان صادقا فى إنكاره لأقدم على الحلف، لأنه لو لم يحلف يفوت ماله وهو صارف له عن النكول لو كان صادقا فى إنكاره، وإذا كان حب المال يحمله على اليمين الكاذبة صيانة له، فكيف لا يحمله على اليمين الصادقة وهو بار فيها^(٢).

دليل القول الثانى

استدل أصحاب القول الثانى على أن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين، ترد اليمين على المدعى ولا يحكم بالنكول بالكتاب والسنة والمعقول.

أولا : الكتاب

قال الله تعالى : ﴿فَإِنْ عَثَرَ عَلَى أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَأَخْرَأَنَّ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأُولِيَّانِ فَيَقْسَمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدِينَا إِنَّا إِذَا لَمْنُ الظَّالِمِينَ ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تَرُدَّ إِيمَانُ بَعْدَ إِيمَانِهِمْ﴾^(٣).

(١)، (٢) بدائع الصنائع ج٦ ص ٢٣٠، الفتح على الهداية ج٦ ص ١٥٨، نصب الرأية ج٤ ص ١٠١. الطرق الحكيمة ص ١٣٩، نبين الحقائق ج٤ ص ٢٩٥، سبل السلام ج٤ ص ١٣٦، معين الحكام ص ٩٧.

(٣) الآيتان ١٠٦، ١٠٧ سورة المائدة.

وجه الدلالة : دلت الآيتان صراحة على رد الأيمان بعد الأيمان الأولى، وأنه لا يحلف ثانية بعد اليمين إلا ببرد اليمين، وذلك تحويل لليمين من جهة كانت فيها إلى جهة أخرى تخالفها، فكذاك اليمين المردودة تحول من المدعى عليه إلى المدعى^(١).

اعترض على وجه الاستدلال من الآية الكريمة بثلاثة أوجه

الوجه الأول : إن الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ كما هو مقتضى قول المالكية والشافعية، حيث أنهما لا يقولان بشهادة الكافر على المسلم مطلقا، لا فى الحضر ولا فى السفر، فمن ثم لا ينهض الاستدلال بالآية على القول ببرد اليمين، وذلك لأن هذه الآية متصلة ومكملة للآية قبلها وهى قوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم فى الأرض فأصابنكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمنا قليلا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله إنا إذن لمن الآثمين﴾ فالآية واردة فى شهادة غير المسلم على المسلم وتحليفه، لأن الشاهد المسلم لا يمين عليه.

أجيب عن الاعتراض

بأن المراد بالشهادة فى الآية اليمين، وقد سمي الله اليمين شهادة فى آية اللعان ويكون المعنى أنهما إن حلفا وعرف أنهما حلفا على الإثم ترد اليمين على الأولياء.

(١) مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٧٧.

ورده ما أجيب به : بأن حمل الشهادة على اليمين لا يصح، لأن اليمين

لا يشترط فيها عدد ولا عدالة بخلاف الشهادة، وقد اشترطت الآية الكريمة العدد في الشهود.

وأما تسمية أيمان اللعان شهادة في كتاب الله، فلأنها قائمة في حق

الزوجين مقام الشهادة على الزنا في حق غيرهما، ولذلك يجب رجم الزوجة إذا امتنعت عن الأيمان.

الوجه الثاني : على فرض التسليم بأن الآية محكمة ليست منسوخة،

فإنها لا تدل على رد اليمين على المدعى إذا نكل المدعى عليه لا صراحة ولا دلالة، وكل ما تقيده الآية الكريمة، أنه إذا اطلع على إثم الشاهدين في الوصية، حلف شاهدان آخران من قبل أولياء الميت واستحقا.

الوجه الثالث : أن الآية الكريمة خاصة بالوصية في السفر

للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها ولا تعدو موضعها، ومن ثم فلا يؤخذ منها حكم عام.

ثانيا : السنة النبوية

أ- ما رواه الدار قطنى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما، أن

النبي ﷺ رد اليمين على صاحب الحق^(١).

وجه الدلالة : دل الحديث على رد اليمين على المدعى وأنه لا يحكم

على المدعى عليه بمجرد النكول.

(١) سبل السلام ج٤ ص ١٣٦.

اعتراض على الحديث بأنه ضعيف ويتمثل ضعفه في أمرين

الأمر الأول : أن علماء الجرح والتعديل قالوا بضعفه، لأن مداره

على محمد بن مسروق عن إسحاق بن الفرات ومحمد لا يعرف وإسحاق مختلف فيه^(١).

الأمر الثاني : أن ابن عمر وهو راوى الحديث عمل بخلافه ومخالفة

الراوى لما روى تعتبر قدحا في الحديث ودلالة على ضعفه^(٢).

ب- استدلوأ ثانيا بما رواه الجماعة عن سهل بن أبى حثمة قال :

"انطلق عبد الله بن سهل ومحبيصة بن مسعود إلى خيبر وهو يومئذ صلح فتفرقا، فأتى محبيصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشحط في دمه قتيلا، فدفنه ثم قدم المدينة، فانطلق عبد الرحمن بن سهل ومحبيصة وحويصة ابنا مسعود إلى النبي ﷺ، فذهب عبد الرحمن يتكلم فقال : كبر كبر وهو أحدث القوم فسكت فتكلما، قال : اتحلفون وتستحقون قاتلكم، فقالوا : وكيف نحلف ولم نشهد ولم نر؟ قال : فتبرئكم يهود بخمسين يمينا، فقالوا كيف نأخذ إيمان قوم كفار؟ فعقله النبي ﷺ من عنده^(٣).

وجه الدلالة من الحديث : دل الحديث الصحيح على أن رسول الله

ﷺ، رد اليمين ممن وجبت عليه أولا إلى خصمه الآخر عندما رفض الأول أداء اليمين.

وذلك يدل على مشروعية رد اليمين والأصل الذى تستند إليه^(٤).

(١) سبل السلام ج٤ ص ١٣٦.

(٢) المغنى والشرح ج١٢ ص ١٢٥.

(٣) نيل الأوطار ج٧ ص ٣٩، سبل السلام ج٤ ص ١٣٦، وج ٣ ص ٢٥٣.

(٤) الطرق الحكيمة ص ١٤١، سبل السلام ج٤ ص ١٣٦.

اعتراض على وجه الدلالة من الحديث بثلاثة أوجه

الوجه الأول : أن الاستدلال بالحديث ليس فى محل النزاع وبيانه :

أن الرسول ﷺ عرض اليمين على المدعين وهم أولياء الدم أولاً، ولما رفضوا عرض عليهم أن يوجه اليمين إلى المدعى عليهم، واليمين المردودة محل النزاع، هى التى ترد من المدعى عليه بعد نكوله إلى المدعى، فأين هذا من ذاك.

الوجه الثانى : أن الحديث ليس فيه دليل على جواز رد اليمين، لأنه

لم يكن من اليهود رد اليمين على الأنصار فيردها النبى ﷺ، إنما قال تبرنكم يهود بخمسين يمينا؟ فقالت الأنصار : كيف نقبل أيمان قوم كفار، فقال : أتحلفون وتستحقون على النكير منه ﷺ عليهم^(١).

الوجه الثالث : أن الحديث وارد فى القسامة، والقسامة معدول بها

عن القياس فلا يقاس عليها رد اليمين على المدعى، لأن ما خالف القياس لا يقاس عليه.

ولأن شرعية القسامة للضرورة والضرورة تقدر بقدرها ولا تعدو موضعها.

ثالثاً : استدلوا ثالثاً بما أخرجه البيهقى والطبرانى عن الشعبى، أن المقداد استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم، فلما تقاضاه قال : إنما هى أربعة آلاف، فخاصمه إلى عمر، فقال المقداد : احلف أنها سبعة آلاف، قال عمر : انصفك، فأبى أن يحلف فقال عمر : خذ ما أعطاك^(٢).

(١) اللباب فى الجمع بين السنة والكتاب للمنبجى ص ٥٧٨ تحقيق الدكتور فضل مراد.

(٢) الطرق الحكيمة ص ١٤٤، مجمع الزوائد ج ٤ ص ١٨٢.

وجه الدلالة : دل الأثر على أن المدعى عليه وهو المقداد طلب رد .

اليمين على المدعى وهو عثمان وأقره على ذلك الحاكم وهو عمر بقوله :
انصفك" ولم يقض عليه بالنكول.

اعترض على الأثر بأنه ضعيف، لأن الإمام أحمد ضعف مسلمة بن
عقمة روى الحديث ومن ثم فلا يصلح للاستدلال به.

وعلى فرض التسليم بصحته، فإنه لا يدل على رد اليمين من
المدعى عليه إلى المدعى، لأن المقداد هو الذى أدعى الإيفاء وعثمان هو
الذى أنكر هذا الإيفاء، فتوجهت عليه اليمين ابتداء فلا رد هنا.

استدلوا بالعقول : وهو أنه لا يتعين بالنكول صدق المدعى، لأنه

كما يحتمل أن يكون تحرزا عن اليمين الكاذبة يحتمل كذلك أن يكون تورعا
عن اليمين الصادقة أو على ما لا يتحققه أو خوفا من عاقبتها، فلا يقضى مع
التردد ولأن نكون المدعى عليه يظهر صدق المدعى ويقوى جانبه، فتشرع
اليمين فى حقه كما شرعت فى جانب المدعى إذا شهد له شاهد واحد، فإذا
حلف كانت يمينه دليلا عند عدم ما هو أقوى منها.

أعترض على هذا الدليل بما يأتى :

أولا : أن هذا الدليل مبناه على الاحتمالات وهى احتمالات نادرة فلا

يلتفت إليها ولا يعول عليها ولا يبنى عليها حكم.

ثانيا : لو كان نكول المدعى عليه عن اليمين يظهر صدق المدعى،

لما كان فى حاجة إلى رد اليمين عليه، لأنه لا فرق حينئذ بين استحلافه
وعدم استحلافه فى أنه استحق مال غيره بدعواه وهذا لا يجوز شرعا،
لقوله ﷺ "لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن
اليمين على المدعى عليه" وهذا بخلاف ما إذا اعتبر النكول فى ذاته طريقا

من طرق القضاء، ينبني عليه الحكم ويستحق بموجبه المال، لأن مصدره حينئذ المدعى عليه.

ثالثاً: شرعية اليمين في جانب المدعى عليه عند عدم النكول وعندما يشهد للمدعى شاهد واحد فلأن كل واحد منهما ثبت بالنصوص الشرعية.

دليل القول الثالث

استدل القائلون بأنه إذا نكل المدعى عليه حبس وضرب حتى يجيب بإقرار أو حلف، بأن المدعى عليه قد وجب عليه أحد الأمرين : الإقرار أو الإنكار مع الحلف، فإذا امتنع من أداء الواجب عليه عوقب بالحبس ونحوه حتى يؤديه، شأنه في ذلك شأن كل من وجب عليه حق وامتنع عن أدائه^(١). واعترض على هذا الدليل، بعدم فائدة ذلك أوجد واه، إذ قد يستمرئ بعض الناس الأكل والشرب والكسل ويقبعون أذلاء صاغرين في الحبس مع هضم الحق. ولأنه لم يرد قرآن ولا سنة بحبس المدعى عليه أو ضربه بعد نكوله.

هذه هي أقوال الفقهاء وأدلتهم وما ورد على هذه الأدلة من مناقشات، وبالتأمل فيها، يتبين أن أرجحها هو القول، بأن نكول المدعى عليه عن الحلف موجب للقضاء عليه بالحق المدعى به لقوة أدلته، ولأن المانع من ظهور الصديق في دعوى المدعى عليه، أنكار هذا المدعى عليه. وقد عارض هذا الإنكار فيه نكوله عن الحلف، لأنه لو كان صادقاً في إنكاره لما امتنع عن الحلف، لأن اليمين الصادقة مشروعة، والإنسان لا يرضى بفوات ماله تحزراً عن مباشرة أمر مشروع واحتمال التورع نادر

(١) الطرق الحكيمة ص ١٣٩، ١٤١، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٧٣، ٣٨٣، معنى المحتاج ج ٤ ص ٤٧٩ تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٦٦.

فلا تتأط به الأحكام ومن ثم يزول المانع للتعارض من جانب المدعى عليه،
ويظهر صدق المدعى فى دعواه فيحكم له والله أعلم^(١).

المبحث الثالث

فى

طبيعة القضاء بالنكول

اختلف القائلون بأن النكول طريق من طرق القضاء فى التكيف
الفقهى لطبيعته على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن النكول بمثابة إقرار من المدعى عليه بالحق
المدعى به.

ذهب إلى ذلك : أبو يوسف ومحمد من الحنفية والحنابلة فى رواية
والشافعية فى الأظهر^(٢).

القول الثانى : أن النكول بمثابة بذل وإباحة.

ذهب إلى ذلك : أبو حنيفة والحنابلة فى رواية^(٣).

القول الثالث : أن النكول كإقامة البينة على الحق.

ذهب إلى ذلك : الحنابلة فى قول اختاره ابن القيم، والشافعية فى
قول^(٤).

استدل القائلون بأن النكول إقرار بالحق، بأن المدعى عليه مخير
بين الإقرار أو أداء اليمين، فلما نكل عن اليمين، حمل نكوله على الشطر

(١) بدائع الصنائع ج٦ ص ٢٣٠.

(٢) بدائع الصنائع ج٦ ص ٢٢٧، الطرق الحكمية ص ١٤٦، البحر الرائق ج٧
ص ٢٠٧.

(٣)، (٤) مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٧٨ شرح الزركشى ج٧ ص ٣٩٨ مجمع الأنهر
ج٢ ص ٢٥٥.

الأول وهو الإقرار، لأنه لو كان صادقا في إنكاره لحلف اليمين لحفظ ماله من الضياع، ولذلك فلا يصح النكول فيما لا يصح فيه الإقرار.

ولا يفترق النكول عن الإقرار إلا بأن الإقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء، فبمجرد حصوله يثبت الحق.

أما النكول فلا يثبت به الحق إلا إذا اتصل القضاء به، لأنه إقرار فيه شبهة واحتمال، وبعد القضاء به ينزل منزلة الإقرار^(١).

واستدل القائلون بأن النكول بذل وإباحة وترك للمنازعة، بأن النكول كما يحتمل الإقرار يحتمل البذل به إلا أن حملته على البذل أولى، لأنه لو جعلناه إقرارا كذبنا المدعى عليه في إنكاره السابق، ولو جعلناه بذلا لم نكذبه، لأنه يصير في التقدير كأنه قال: ليس هذا لك ولكنى لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه، فيحصل المقصود من غير حاجة إلى التكذيب^(٢).

واستدل ابن القيم على أن النكول كإقامة البينة، بأن النكول لا يعتبر كالإقرار بالحق، لأنه لا يتأتى جعله مقرا مع إنكاره، ولأن الإقرار إخبار وشهادة على النفس فكيف يجعل مقرا شاهدا على نفسه بنكوله.

ولا يعتبر كبذل للحق، لأن البذل إباحة وتبرع، والناكل لم يقصد ذلك ولم يخطر على قلبه، وقد يكون مريضا مرض الموت ولو كان النكول بذلا وإباحة، اعتبر خروج المدعى به من الثلث.

وبهذا يظهر كما يقول ابن القيم أن النكول ليس إقرارا ولا إباحة، وإنما هو جار مجرى الشاهد والبينة، لأن البينة اسم لما يبين الحق ويظهره، ونكول المدعى عليه مع تمكينه من اليمين الصادقة التي يبدأ بها، دليل ظاهر على صحة دعوى المدعى، فكان نكوله قائم مقام شاهد القرائن^(٣).

(١) منحة الخالق على البحر الرائق ج ٧ ص ٢٠٥، الفتح على الهداية ج ٦ ص ١٥٨.

(٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٢٧، الفتح على الهداية ج ٦ ص ١٥٨.

(٣) الطرق الحكمية ج ١٤٧.

ويقول الشافعية كما فى مغنى المحتاج : اليمين المردودة ببرد المدعى عليه أو القاضى كبينة يقيمها المدعى فى قوله وفى الأظهر كإقرار المدعى عليه، لأنه بنكوله توصل للحق فأشبهه إقراره.

وبتفرع على القولين : أن المدعى عليه لو أقام بعدها بينة بأداء أو إبراء أو غيرهما من المسقطات لم تسمع على الأظهر من القولين وتسمع على القول الأول^(١).

هذه هى أقوال الفقهاء فى طبيعة النكول، وبالتأمل فيها وفى أقوالهم فى مشروعية القضاء بالنكول يتبين أن نكول المدعى عليه وعدم إقدامه على الحلف هو بمثابة بذل أو إقرار، لأنه إذا لم يكن كذلك لأقدم على الحلف إقامة للواجب، لأن اليمين واجبة عليه لقوله ﷺ : "البينة على المدعى واليمين على من أنكر" وكلمة على للوجوب، ودفعاً للضرر عن نفسه.

واعتبار كون النكول بمثابة بذل أو إقرار، روعى فيه الاحتمالات التى يحتملها نكول المدعى عليه، لأن نكوله إذا كان نتيجة ترفعه عن الحلف فيترجح كونه باذلاً^(٢).

أما إذا كان نتيجة تورعه فيترجح كونه مقراً، وكلام من الترفع والتورع يحل له ما دام لم يفض إلى الضرر بالغير^(٣).

(١) مغنى المحتاج ج٤ ص ٤٧٨.

(٢) روى عن عثمان رضى الله عنه، أنه نكل عن اليمين وقال : أخاف أن يوافقها قضاء فيقال : إن عثمان حلف كاذباً. الفتح على الهداية ج٦ ص ١٥٨.

(٣) قد يقال : إن الإلزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس، لأن الله تعالى قال : "واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وأمرأتان ممن ترضون من الشهداء". فالقضاء = بالنكول يخالفه، وقال ﷺ : "البينة على المدعى واليمين على من أنكر" ولم يذكر النكول، واليمين فى جانب المدعى =

ولا يجوز أن يكون نكوله نتيجة لاشتباه الحال عليه، بأنه لا يدري أنه صادق في إنكاره فيحلف أو كاذب فيه فيمتنع، لأن ذلك الاشتباه يقتضى منه الاستمهال من القاضى لينكشف له الحال ويتأكد من أمره، ولا يقتضيه رد اليمين على المدعى، لقول النبى ﷺ: "البينة على المدعى واليمين على من أنكر" قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعى واليمين على من أنكر، والقسمة تنافى الشراكة، لأنها تقتضى عدم التمييز والقسمة تقتضيه، كما أن الحديث جعل جنس الأيمان على المنكر وليس وراء الجنس شىء آخر.

=عليه فى الابتداء لكون الظاهر شاهدا له ونكوله صار الظاهر شاهدا للمدعى فتعود اليمين إلى جانب المدعى.

وقد أجاب صاحب العناية على الهداية فقال : إن الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفى القضاء بالنكول، لأن تخصيص الشىء بالذكر لا يدل على نفى الحكم عما عداه، والإجماع يدل على جوازه، فإنه روى إجماع الصحابة على ذلك، وما روى عن على رضى الله عنه أنه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه، فقد روى عنه خلاف ذلك روى عن شريح أن المنكر طلب منه رد اليمين على المدعى فقال : ليس لك إليه سبيل وقضى بالنكول بين يدى على رضى الله عنه فقال له : أصبت، وإذا ثبت الإجماع بطل القياس. انظر الفتح والعناية على الهداية ج ٦ ص ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠، ١٦١.

المبحث الرابع

في

الحقوق التي يقضى فيها بالنكول

سبق أن ذكرنا أن الفقهاء اختلفوا في مشروعية القضاء بالنكول على ثلاثة أقوال:

القول الأول - أن النكول بذاته طريق من طرق القضاء التي يبنى عليه القاضي حكمه.

القول الثاني - أن النكول بذاته ليس طريقاً، بل ترد اليمين إلى المدعى فيقضى له بيمينه لا بنكول المدعى عليه.

القول الثالث - إذا نكل المدعى عليه يحبس ويضرب حتى يجيب بحلف أو إقرار وقد رجحنا أن النكول بذاته يعتبر طريقاً من طرق القضاء متى توفرت له شروطه.

وقد اتفق القائلون بأن النكول بذاته طريق من طرق الإثبات، على أنه يقضى به في كل حق مالى أو يكون القصد منه المال، وفي كل حق من حقوق الأبدان فيما عدا: القصاص والنكاح والرجعة والنسب والطلاق وفيء الإيلاء. كذلك اتفقوا على أن الحدود الخالصة لله تعالى لا يستحلف فيها ابتداءً، سواء أكانت حدوداً خالصة كالزنا والشرب والسرقة، أم كانت عبادة كالصلاة والزكاة والصوم والحج والكفارة والنذر، وبالتالي فلا محل للنكول فيها. غاية الأمر، أنه إذا كان غرض المدعى من دعواه في السرقة تضمين المدعى عليه المال أو يأخذ منه ما سرقه، فإنه يستحلف لحق المدعى، لأنه حق مالى، فإن نكل ضمن المال ولا يقطع، لأن النكول إقرار فيه شبهة

فيؤخذ به في الضمان الذي هو حق الأدمى، دون القطع الذي هو حق الله تعالى.

وفى حكم الحدود الخالصة حد القذف، لأن القصد من اليمين النكول، والحد لا يجب بالنكول، لأنه إقرار فيه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات^(١).

واختلفوا في القصاص والنكاح والطلاق والرجعة والنسب وفى الإيلاء. وفيما يلي نعرض لحكم هذه الحالات:

أولاً - القصاص:

من ادعى على أحد قصاصاً في النفس أو الأطراف وعجز عن إثبات دعواه وطلب تحليف المدعى عليه، ولما طلب القاضي من المدعى عليه الحلف نكل عنها، فهل يقضى عليه بالنكول؟
اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول - لا يقضى في القصاص بالنكول لا في النفس ولا في الأطراف. ذهب إلى ذلك: الحنابلة في الصحيح من المذهب، وهو ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد من الحنفية، ويضمن الناكل على قولهما الأرش في النفس وفي الأطراف^(٢).

القول الثاني - يقضى بالنكول في القصاص فيما دون النفس، أما في النفس فلا يقضى بالنكول، بل يحبس الناكل حتى يقر فيقضى منه أو يحلف فيطلق سراحه وإلا حبس أبداً.

(١) ما نقل عن الإمام أحمد أنه قال في رجل ادعى على رجل أنه قذفه استحلفوه فإن قال: لا أحلف أقيم عليه الحد، وصفه أحد أصحابه وهو أبو بكر بأنه قول قديم، والمذهب أنه لا يقضى في شيء من هذا بالنكول. المغنى والشرح ج ١٢ ص ١٢٦.

(٢) المغنى ج ٩ ص ٢٣٧، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٥٧.

ذهب إلى ذلك: أبو حنيفة وأحمد في رواية^(١).

القول الثالث - لا يقضى في القصاص بالنكول لا في النفس ولا في الأطراف بل يحبس الناكل، فإن طال حبسه كسنة مثلاً دين، أى ترك ووكل لدينه.

ذهب إلى ذلك: المالكية^(٢).

القول الرابع - إذا نكل المدعى عليه، حلف المدعى اليمين المردودة وقضى له بما يدعيه.

ذهب إلى ذلك: الشافعية^(٣).

استدل القائلون بأن النكول لا يقضى به في القصاص لا في النفس ولا في الأطراف، بأن النكول كما يقول أبو يوسف ومحمد إقرار فيه شبهة، لأنه إن امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة لا يكون إقراراً، بل يكون بذلاً، فلا يثبت به القصاص ويجب به المال، كما إذا أقر بالخطأ والولى يدعى العمد فإنه يحب فيه المال.

أو كما يقول الحنابلة: إن النكول بذل وإباحة، والقصاص لا يجرى فيه البذل، فلا يقضى فيه بالنكول، أما المال وما يقصد به المال فيقضى فيه بالنكول^(٤).

(١) المغنى ج ٩ ص ٢٣٨، البحر الرائق ج ٧ ص ٢١٠، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٥٧، الطزق الحكيمة ص ١٣٠.

(٢) سبق أن ذكرنا، أن منكر القصاص لا يستحلف على ما ذهب إليه المالكية إلا إذا أقام المدعى شاهداً واحداً، فإنه يستحلف لرد شهادة الشاهد، وفائدة أو ثمرة اليمين حينئذ هي: دفع الحبس عنه بعد أن رد شهادة الشاهد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٠.

(٣) تكملة المجموع ج ١٨ ص ٤٤٤ - ٤٤٦، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٤٤، ٤٧٧.

(٤) الفتوح والعناية على الهداية ج ٦ ص ١٧٠، ١٧١، المغنى ج ٩ ص ٣٣٥ - ٣٣٧.

واستدل أبو حنيفة على أن النكول يقضى به في الأطراف دون النفس، بأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للنفس كالأموال فيجرى فيها البذل كما يجرى في الأموال.

فلو قال شخص لآخر أقطع يدى فقطعها لا يجب الضمان على القاطع، لأن الأطراف يجرى فيها البذل والإباحة، بخلاف النفس حيث لا يجرى فيها البذل، فإنه لو قال: اقتلنى فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في أخرى.

فإن قيل: لو كانت الأطراف يسلك بها مسلك الأموال، لجاز قطع يده من غير إثم إذا قال له: أقطع يدى، كما يباح له أخذ ماله إذا قال: خذ مالى.

وأجيب عن ذلك: بأنه لا يباح له قطع يده لعدم الفائدة، كما أن إتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة، بأن قال له: ألق مالى في البحر أو أحرقه.

أما لو كان القطع مفيداً كقطع اليد لعلّة مرضية أو خلع السن لعدم صلاحيته لم يأتى القاطع أو الخالع.

وما نحن فيه من البذل الذى بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحاً.

قد يقال: اعتبار البذل الذى بالنكول أنه مفيد لاندفاع الخصومة به، يتناقض مع القول في السرقة أن القطع لا يثبت بالنكول، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن الخصومة تندفع بالأرث وهو أهون فالمصير إليه أولى.

وقد أجيب عن الوجهين:

أولاً - أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حقوق العباد، لأنهم المحتاجون إليها فثبتت مع الشبهات كالأموال، والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات.

ثانياً - بأن دفع الخصومة بالأرش إنما يصار إليه بعد تعذر ما هو الأصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه.

هذا وإذا امتنع القصاص في النفس بالنكول لعدم جريان البذل فيها، وكانت اليمين حقاً مستحقاً على المدعى عليه، فإنه يحبس بذلك الحق كما في القسامة، فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرؤا أو يحلفوا. ومتى حبس يبقى في الحبس حتى يقر فيقتص منه أو يحلف فيطلق سراحه وإلا حبس أبداً على ما ذهب إليه أبو حنيفة.

أما المذهب الحنبلي ففيه وجهان:

الوجه الأول - يخلى سبيله لأنه لم يثبت عليه حجة وتكون فائدة شرعية اليمين الردع والزجر.

الوجه الثاني - يحبس حتى يقر أو يحلف وأصل الوجهين: المرأة إذا نكلت عن اللعان^(١).

واستدل القائلون بعدم القضاء بالنكول لا في النفس ولا في الأطراف، بأن كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين كالقتل، فلا يمين على المدعى عليه بمجردهما، بل حتى يقيم المدعى شاهداً واحداً، فيحلف المدعى عليه لرد شهادة الشاهد، ولا ترد اليمين على المدعى لأنه لا فائدة في تحليفه، حيث أن الدعوى لا تثبت إلا بعدلين شاهدين، فإن نكل حبس، فإن طال حبسه دين أى ترك لدينه^(٢).

واستدل الشافعية على أن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين حلف المدعى اليمين المردودة وقضى به بما يدعيه، بأن الحق تحول إلى المدعى وقويت جهته بنكول المدعى عليه، فإذا حلف وكانت دعواه في قتل يوجب

(١) الفتح والعناية على الهداية ج ٦ ص ١٧٠، البحر الرائق ج ٧ ص ٢١٠، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٥٧ المغنى والشرح ج ١٢ ص ١٢٦، المغنى مجرداً ج ٩ ص ٣٣٥ - ٣٣٧، الطرق الحكمية ص ١٣٠ - ١٣١.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٥١، ١٥٢، ٢٠٠.

المال قضى له بالدية، وإن كانت في قتل يوجب القصاص وجب القصاص على أحد القولين، لأن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة في أحد القولين وكالإقرار في القول الآخر، والقصاص يجب بكل واحد منهما.

والحكم كذلك لو كانت الدعوى في طرف من الأطراف، أما مجرد النكول فلا يقضى به، لأن النكول كما يحتمل أن يكون تحرراً عن اليمين الكاذبة، يحتمل أن يكون تورعاً عن اليمين الصادقة فلا يقضى به مع التردد^(١).

هذه هي أقوال الفقهاء في القضاء في القصاص بالنكول، وبالتأمل فيها وفي أقوالهم في مشروعية القضاء بالنكول يتبين أن أرجحها، ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد من الحنفية، وهو عدم القضاء بالنكول في القصاص لما يصاحبه من الاحتمالات والدم لا يراق بما فيه شبهة الاحتمال، ولكن يضمن الناكل الدية في النفس والأرث في الأطراف، لأن كلا منهما حق مالى للعبد، ولا خلاف في أن النكول يقضى به في الحقوق المالية.

وما قيل إن المدعى عليه إذا نكل ترد اليمين على المدعى ويحكم له بما يدعيه بحلفه لا بنكول المدعى عليه، يتعارض مع قوله ﷺ: البينة على المدعى واليمين على من أنكر، حيث جعل الحديث جنس البينة على المدعى وجنس اليمين على المدعى عليه، وليس وراء الجنس شيء آخر، واجتماعهما مع البينة واليمين في جانب واحد هو المدعى يؤدي إلى الحكم بقوله ويمينه، وهذا لا يتمشى مع قوله ﷺ: لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه.

ومع ذلك فيمكن النظر إلى هذا القول من زاوية أن حلف المدعى مع نكول المدعى عليه، يعتبر زيادة في تأكيد النكول وتوثيقه، لأنه لو لا هذا

(١) تكملة المجموع ج ١٨ ص ١٤٤ . ١٤٦، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٧٧.

النكول لما وجهت اليمين إلى المدعى، وبهذا النظر يتلاقى هذا القول مع ما رجحناه.

و غايته أن هذا القول يذهب في أحد قولين إلى أن المدعى إذا حلف على العمد يقتصر من المدعى عليه الناكل، لكن هناك في المذهب قول ثان وهو لا يقتصر منه، لأن الدم لا يراق بما فيه احتمال التردد والله أعلم.

ثانياً - النكاح والرجعة والنسب وفى الإيلاء والطلاق:

لا خلاف بين الفقهاء على أنه إذا كان المقصود من التحليف في هذه المسائل المال، فإن المدعى عليه يستحلف لإثبات المال دون هذه الأمور، كما لو أدعت امرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول بها ولها عليه نصف المهر، والحال كذلك لو كانت دعواها بعد الدخول وادعت النفقة للعدة أو المهر، ولكن لا يثبت بالحلف النكاح. واختلفوا في التحليف لهذه المسائل بذاتها.

فذهب الحنابلة في الصحيح من المذهب وأبو حنيفة إلى أنه لا يستحلف من أنكر الدعوى بحق من هذه الحقوق، وبالتالي فلا محل للنكول عندهم.

وما ذهب إليه الحنابلة وأبو حنيفة ذهب إليه المالكية إذا كانت الدعوى مجردة عن الشهود إما إذا أقام المدعى شاهداً واحداً وعجز عن الثانى، فإن المدعى عليه يستحلف لرد شهادة شاهد المدعى، عدا النكاح فإنه لا يستحلف فيه ولو كان مع المدعى شاهداً. وذهب الشافعية وأبو يوسف ومحمد من الحنفية والحنابلة في رواية، إلى أنه يستحلف من أنكر حقاً من هذه الحقوق، فإن نكل، فعلى ما ذهب إليه الشافعية يحلف المدعى ويحكم له بما يدعيه كما هو الحال في القصاص.

وعلى ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد، إذا نكل المدعى عليه عن اليمين يحكم للمدعى بنكوله من غير رد يمين.

وقد رجحنا من قبل أن المدعى عليه يستحلف في هذه المسائل عدا النكاح، وبالتالي إذا نكل يقضى عليه بنكوله، لأن النكول عن اليمين إقرار، والإقرار يجرى في حقوق الأبدان كما يجرى في الأموال، ولأن حقوق العباد تثبت مع الشبهة. أما النكاح فلا يحكم به بالنكول، لأنه مما لا يحل بذله فلم يستحلف فيه كالحد، لأن الأبضاع يحتاط لها ما لا يحتاط في غيرها فلا تثبت مع الشبهة، ومن ثم لا تباح بالنكول سواء اعتبر بذلاً وإباحة أو إقراراً فيه شبهة، كما لا تباح به ويمين المدعى كالحدود^(١).

وبهذا ينتهى الكلام عن النكول عن اليمين، وبانتهاء الكلام عليه نكون قد انتهينا من الباب الأول، يليه الباب الثانى وسنواصل الكلام في فصوله عن باقى الأدلة إن شاء الله. والتى سنتناول فيها: القسامة وعلم القاضى والقرائن وما يندرج تحتها من: البصمة الوراثية والقيافة والفراسة ودلالة الحال أو ظاهر الحال، كما نتناول القرعة وغير ذلك مما يبين الحق ويظهره.

وإلى اللقاء قريباً للتعرف على أحكام هذه الطرق القضائية، وحمداً لله تعالى أولاً وآخرأ وظاهراً وباطناً وصلاة وسلاماً على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

أحمد فراج

(١) انظر فيما سبق ص ٤٢٩ - ٤٣٢ من هذا المؤلف.

الفهرس

٦ - ١	افتتاحية الكتاب
٧	التعريف بالإثبات
١٣	المراد بأدلة الإثبات
١٥	أدلة الإثبات بين الحصر والإطلاق
٢٠	المراد بالبيئة
٢٦	عبء الإثبات
٢٧	تمييز المدعى من المدعى عليه
٣٢	التعريف بالشهادة
٣٦	التلفظ بلفظ أشهد
٤١	مشروعية الشهادة
٤٢	مدى حرية القاضي في تقدير الشهادة
٤٦	تحمل الشهادة وحكمه
٤٨	أداء الشهادة وحكمه
٤٨	أداء الشهادة في حقوق العباد
٥٠	اعتذار الشاهد عن الأدلاء
٥٣	استخلاف القاضي غيره في سماعه الشهادة
٥٤	أداء الشهادة عن طريق الفيديو والكاميرات
٥٥	أداء الشهادة في حقوق الله تعالى
٦٠	شروط الشهادة
٦٠	شروط التحمل
٦٣	إعادة الشهادة يعد ردها
٦٦	شهادة المستخفي
٦٨	اشتراط العقل والبلوغ

٧٠ شهادة الصبيان
٧٥ اشتراط الحرية
٧٧ اشتراط الإسلام
٨١ شهادة غير المسلم على المسلم
٨٧ اشتراط العدالة
٨٩ ماهية الكبيرة والصغيرة
٩٣ أقوال الفقهاء في اشتراط العدالة
٩٥ تعذر توافر شروط العدالة وأثره
٩٧ شرط المروءة
٩٩ ما يخل بالمروءة
١٠٧ اشتراط البصر
١٠٩ اشتراط النطق
١١١ اشتراط اليقظة
١١١ اشتراط السمع
١١٣ موانع الشهادة
١١٣ التهمة في الشهادة
١١٤ شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله
١١٩ ما ترتب على شهادة الأصل أو الفرع
١٢١ شهادة الأصل على الفروع والفروع على الأصول
١٢٢ شهادة أحد الزوجين للآخر
١٢٥ شهادة الأخ لأخيه
١٢٦ شهادة العدو
١٢٨ شهادة الصديق
١٢٩ شهادة المصلحة
١٣٣ النقاد في الشهادة

١٣٩	نصاب الشهادة
١٣٩	القضاء بأربعة شهود
١٤٤	القضاء بثلاثة شهود
١٤٥	القضاء بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين
١٤٩	القضاء بشهادة رجل واحد
١٥٢	خبير الواحد في المعاملات والديانات
١٥٦	شهادة النساء وحدهن
١٦٢	القضاء بشهادة ويمين المدعى
١٧٣	القضاء بشهادة امرأتين ويمين المدعى
١٧٥	الشهادة بالاستفاضة
١٨٩	شروط المشهود به
١٩٥	الشهادة على الشاهدة
٢١٠	كتاب القاضى إلى القاضى
٢٣٠	الرجوع عن الشهادة
٢٤٤	تزكية الشهود
٢٦١	الجرح المجرد والجرح المركب
٢٦٦	شهادة الزور
٢٧٧	الإقرار
٢٧٧	التعريف بالإقرار
٢٧٨	مشروعية الإقرار
٢٨٠	محاسن الإقرار
٢٨١	حجية الإقرار
٢٨٢	أركان الإقرار
٢٨٣	شروط الإقرار
٢٨٤	شروط المقر

٢٩٣ الإقرار الناتج عن التحايل
٢٩٦ جهاز كشف الكذب
٢٩٨ الاعتراف نتيجة عقاقير مخدرة
٢٩٩ الاعتراف نتيجة إمساك الكلب البوليسى
٣٠١ الاعتراف نتيجة التنويم المغناطيسى
٣٠٣ شروط المقر له
٣٠٧ شروط المقر به
٣١١ الأثر المترتب على الإقرار
٣١٤ تجزئة الإقرار
٣١٨ قبول الإقرار ورده
٣٢١ صيغ الإقرار
٣٢١ الإقرار باللفظ
٣٢٢ الإقرار بالإشارة
٣٢٦ الإقرار بالكتابة
٣٣٤ السكوت
٣٣٦ شروط الصيغة
٣٤٦ إقرار المريض
٣٥٧ الإقرار بالنسب
٣٧٠ الرجوع عن الإقرار
٣٧٣ ما يلحق الإقرار من البيان
٣٧٣ الاستثناء في الإقرار
٣٨٦ الاستدراك في الإقرار
٣٩٠ تعقيب الإقرار بما يسقطه
٣٩٣ اليمين القضائية
٣٩٣ مشروعية اليمين القضائية

٣٩٥	أقسام اليمين القضائية
٣٩٦	يمين المدعى
٣٦٦	اليمين الجالبة
٣٦٧	يمين الاستظهار
٤٠٢	يمين المدعى عليه وأقسامها
٤٠٤	أثر حلف اليمين على انقطاع الخصومة
٤٠٤	أثر حلف المدعى عليه على سقوط الحق
٤٠٩	صيغة اليمين
٤١١	تغليظ اليمين
٤١٢	امتناع الحالف عن الحلف باليمين المغلظة
٤١٢	التغليظ في الزمان والمكان
٤١٧	التغليظ بالحلف على المصحف
٤١٨	تغليظ اليمين على غير المسلم
٤٢١	ما يجرى فيه الحلف من الحقوق
٤٢٥	النكول عن اليمين واليمين المردودة
٤٣٦	التعريف بالنكول
٤٣٧	أنواع النكول
٤٣٨	مشروعية القضاء بالنكول
٤٤٨	طبيعة القضاء بالنكول
٤٥٤	الحقوق التي يقضي فيها بالنكول

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

www.moswarat.com